KLAGEFORMEN IM BEREICH DER VERWALTUNGSGERICHTLICHEN LEISTUNGSKLAGEN

Georg Rönnebeck

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546019_0011

DISSERTATIONS - DRUCK · BLASADITSCH · AUGSBURG

KLAGEFORMEN IM BEREICH DER VERWALTUNGSGERICHTLICHEN LEISTUNGSKLAGEN

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Georg Rönnebeck

aus München

1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Prof. Dr. Peter Lerche
Korreferent: Prof. Dr. Hans Spanner

Tag der mündlichen Prüfung: 20.12.1967

INHALTSÜBERSICHT

Abkürzungsverzeichnis VIII
Literaturverzeichnis XV

1. Einleitung 1

1.1 Klageformen in der VwGO 1
1.2 Thema 1
1.21 Einteilung der Leistungsklagen 1
1.22 Überblick über die Auffassungen 2
1.23 Praktische Bedeutung 4
1.3 Aufbau der Arbeit 5
1.4 Begriffe 5

2. Zulässigkeit der Leistungsklage im Verwaltungsprozeß 6

2.1 Zulässigkeit vor Inkrafttreten der VwGO 6
2.2 Zulässigkeit nach Inkrafttreten der VwGO 7
2.3 Umfassende Zulässigkeit der Leistungsklage 8
2.31 Allgemeines 8
2.32 Keine erweiterte Zulässigkeit gegenüber den VGG 10
2.33 Wortlaut 10
2.34 Systematik der VwGO 10
2.35 Art. 19 IV GG 11
2.36 Streitfrage, ob das tatsächliche Vorliegen eines VAes für die Zulässigkeit erforderlich ist 11
2.37 § 42 II VwGO 11
2.38 Ergebnis 11

3. Der enge VA-Begriff als Anknüpfungspunkt für die Einteilung der Klagearten 14

3.1 Der enge VA-Begriff und Abgrenzung zur Amtshandlung 14

3.2 Argumente für den engen VA-Begriff als Gegenstand der Verpflichtungsklage 16
3.21 Allgemeines 16
3.22 Wortlaut 16
3.23 Entstehungsgeschichte 17
3.231 Begrenzung der Erörterung 17
3.232 Der VA-Begriff der VGG 17
3.233 Der VA-Begriff der MRVO 18
3.234 Übernahme des VA-Begriffs durch die VwGO? 19
3.24 Systematik der VwGO I 20
3.241 Weitere Vorschriften über die Verpflichtungsklage 20
3.242 Vorschriften über die Leistungsklage 20
3.243 § 113 III VwGO 21
3.244 § 191 I VwGO 21
3.245 § 113 IV VwGO 22
3.25 Systematik der VwGO II: Der enge VA-Begriff bei der Anfechtungsklage 23
3.251 Allgemeines 23
3.252 Gleicher VA-Begriff bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklage 23
3.253 Nicht nur VAe i.e.S. sind aufhebbar 25
3.254 Effektiver Rechtsschutz nicht nur gegen VAe i.e.S. 28
3.255 Ausweitung der Gestaltungsklage und Gewaltentrennungsgrundsatz 32
3.256 Ergebnis 32
3.26 Teleologische Auslegung: Die Bedeutung des VAes für die Verpflichtungsklage 33
3.261 Allgemeines 33
3.262 Überblick 33
3.263 Der VA als Ausfluß der Autorität der Staatsverwaltung 34

3.264 Wirksamkeit des VAes bis zur Aufhebung 36
3.265 Tatbestandswirkung 37
3.266 Verbindlichkeit 39
3.267 Verwaltungsvollstreckung 47
3.268 Der VA als Mittel für schnelles Verwaltungshandeln 49
3.269 Der VA als Mittel der Leistungsverwaltung 51
3.27 Zusammenfassung 55
3.28 Hinweis auf die Ausgestaltung der Verpflichtungsklage 57
3.3 Die Einteilung in nachträgliche und ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen und die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Streitigkeiten im prozessualen Sinn 57
3.31 Überblick 57
3.32 Bedeutung der Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Streitigkeiten im prozessualen Sinn 58
3.33 Bedeutung der Einteilung in nachträgliche und ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen 59
3.331 Allgemeines 59
3.332 Argumente für die Rechtsmittelähnlichkeit 60
3.333 Kritik 61
3.334 Gegenargumente 63

4. Das Subordinationsverhältnis als Anknüpfungspunkt für die Einteilung der Klagearten 65

4.1 Der materielle Begriff des Subordinationsverhältnisses als Ausgangspunkt / Überblick 65
4.2 Die Amtshandlung als Anknüpfungspunkt für die Einteilung der Klagearten 66
4.21 Allgemeines 66

4.22 Der Begriff der Amtshandlung in den Verwaltungsprozeßgesetzen 66
4.221 VGG 66
4.222 MRVO 67
4.223 Entwürfe zur VwGO 68
4.224 VwGO 68
4.225 Ergebnis 70
4.23 Der Begriff der Amtshandlung: Kritik 70
4.24 Die Verpflichtungsklage als Klageform zur Anfechtung der Ablehnung von VAen 72
4.25 Hinweis auf Art. 19 IV GG und den Gleichheitssatz 74
4.26 Zusammenfassung 74
4.3 Systematische Begründung 75
4.31 Die Einteilungen im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Verfahren und ihre Bedeutung für die Leistungsklage 75
4.32 Begründung der Einteilung aus den VGG 76
4.33 Begründung der Einteilung aus der VwGO 77
4.34 Vergleich mit der Rechtswegabgrenzung 78
4.35 Vergleich mit der Einteilung der Zivilprozeßverfahren 79
4.36 Zusammenfassung 79
4.4 Die Bedeutung des Art. 19 IV GG für die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verfahren 80
4.41 Beschränkung des Art. 19 IV GG auf subordinationsrechtliche Verfahren 80
4.411 Wortlaut des Art. 19 IV GG 80
4.412 Systematische Stellung und Zweck: Art. 19 IV GG als Grundrecht 81
4.42 Keine Beschränkung des Art. 19 IV GG auf den Rechtsschutz gegen VAe 83
4.421 Wortlaut und Zweck des Art. 19 IV GG 83
4.422 Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeit 85

4.43 Art. 19 IV GG als Garantie des effektiven Rechtsschutzes 86
4.431 Allgemeines 86
4.432 Ausweitung der Anfechtungsklage 90
4.433 Ausweitung der Verpflichtungsklage 90
4.5 Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verfahren 91
4.51 Allgemeines 91
4.52 Anwendung des Gleichheitssatzes auf die Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens 92
4.521 Gleichheitssatz auch für Sachgleichheiten 92
4.522 Subsidiäre Geltung des Art. 3 I GG 93
4.523 Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers 94
4.53 Differenzierungen in Zivil- und Verwaltungsprozeß 94
4.531 Im Zivilprozeß 94
4.532 Im Verwaltungsprozeß (Schwere des Eingriffs/Rechtswert des VAes/Sachgebiete/Besondere Stellung der Verwaltung) 94
4.533 Ergebnis 97
4.54 Auswirkung der Art. 3 I und 19 IV GG auf die Auslegung der VwGO 98
4.6 Die Ausgestaltung der Leistungsklagen 99
4.61 Allgemeines 99
4.62 Sachentscheidungsvoraussetzungen 100
4.621 Örtliche Zuständigkeit 100
4.622 Rechtsschutzbedürfnis 102
4.623 Widerspruchsverfahren 105
4.624 Fristen 110
4.625 Passive Prozeßführungsbefugnis 113

4.63 Streitgegenstand 115
4.631 Streitgegenstand 115
4.632 Klageänderung 117
4.633 Widerklage 119
4.64 Urteil und Vollstreckung 121
4.641 Urteil gem. § 113 IV S. 1 und 2 VwGO 121
4.642 Urteil gem. § 113 I S. 4 VwGO 122
4.643 Vorläufige Vollstreckbarkeit 125
4.644 Vollstreckungsverfahren 127
4.65 Verfahrensregelungen 130
4.651 Allgemeines 130
4.652 Schiedsvertrag 133
4.653 Prorogation 135
4.654 Geständnis 138
4.655 Versäumnisurteil 139
4.656 Verzicht 142
4.657 Anerkenntnis 144
4.658 Vergleich 146
4.66 Zusammenfassung 148
4.7 Der materielle Begriff der subordinationsrechtlichen und der koordinationsrechtlichen Streitigkeiten 150
4.71 Der materielle Begriff der Subordination im allgemeinen 150
4.711 Überblick 150
4.712 Der herkömmliche Begriff 150
4.713 Die Definition Beinhardts 151
4.714 Ergebnis 153
4.72 Der materielle Begriff der Subordination im Prozeßrecht 154
4.721 Der Begriff des § 85 VGG 154
4.722 Weiterentwicklung dieses Begriffs 155
4.723 Kritik 157
4.724 Eignung des materiellen Begriffs zur Bestimmung des Verfahrenstyps 159
4.725 Der materielle Begriff und der weite formelle Begriff 160

4.8 Beschränkung der subordinationsrechtlichen Leistungsklage auf Amtshandlungen 162
4.81 Allgemeines 162
4.82 Die Amtshandlung als hoheitliche Maßnahme 162
4.83 Die Amtshandlung als Einzelakt 163
4.84 Die Amtshandlung als Maßnahme mit unmittelbarer Rechtswirkung 165
4.85 Ergebnis 168

5. Zusammenfassung 169

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A. (a.M.)	anderer Ansicht (Meinung)
aaO.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
aE.	am Ende
AG	Amtsgericht, Ausführungsgesetz
AH	Amtshandlung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
arg.	argumentum
Aufl.	Auflage
B	Beschluß
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bay., bay.	Bayern, bayerisch
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (München)
BAY.VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BAY.VGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs ...., neue Folge (ab 1947/48)
BAY.VGHE a.F.	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, alte Folge (bis 1943/44)
BBG	Bundesbeamtengesetz i.d.F. v. 22.10.1965 (BGBl. I S. 1776)
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BGBl. I, III	Bundesgesetzblatt Teil I, Teil III
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	ABRAHAM u.a., Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg 1950ff/Stand Oktober 1966
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz i.d.F. v. 22.10.1965 (BGBl. I S. 1754)
BSG	Bundessozialgericht
BT	Deutscher Bundestag
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVfG	Bundesverfassungsgericht
BVfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht v. 12.3.1951 (BGBl. III 1104-1)
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BVwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht v. 23.9.1952 (BGBl. I S. 625)
ders. (dies.)	derselbe (dieselben)
Der Staat	Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (Berlin)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Stuttgart, Köln)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (Tübingen)
DV	Deutsche Verwaltung (Hamburg)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Köln, Berlin)
E	Entscheidungen (in amtlicher Sammlung)
Einf.	Einführung
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
EVwGO	(Regierungs-) Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung, BT-Drucks. 55/III

EVwVfG	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963, Köln, Berlin 1964
f (ff)	folgende Seite (n)
Festschr.	Festschrift
FGG	Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.d.F. v. 20.5.1898 (RGBl. S. 369, 771)
FGO	Finanzgerichtsordnung v. 6.10.1965 (BGBl. I, S. 1477)
Fn.	Fußnote
G	Gesetz
GBl.	Gesetzblatt
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. S. 1)
Grundrechte II, III 2	Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. v. BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY/SCHEUNER, Berlin, Bd. II 1954, Bd. III Hbd. 2 1959
Gschr. für JELLINEK	Gedächtnisschrift für WALTER JELLINEK, hrsg. v. OTTO BACHOF u.a., München 1955
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz i.d.F. v. 12.9.1950 (BGBl. S. 513)
H.	Heft
Hbd.	Halbband
hL (hM)	herrschende Lehre (Meinung)
hrsg.	herausgegeben

i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S. (i.w.S.)	im engeren (weiteren) Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (Tübingen)
Jschr. I, II	Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des BVwG, hrsg. v. KÜLZ/NAUMANN, Karlsruhe 1963, Bd. I, II
JuS	Juristische Schulung (München, Berlin)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
LG	Landgericht
LVG	(Pr.) Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung v. 30.7.1883 (GS. S. 195)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg)
MRVO	Verordnung Nr. 165 der Britischen Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone v. 13.9.1948 (VOBl. BZ S. 263)
MSchG	Mieterschutzgesetz i.d.F. v. 15.12.1942 (RGBl. I S. 712)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München, Berlin)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte in Münster und Lüneburg
PAG	(Bay.) Polizeiaufgabengesetz i.d.F. v. 3.4.1963 (GVBl. S. 95, ber. S. 120)
Pr., pr.	Preußen, preußisch

RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPf	Rheinland-Pfalz
s.	siehe
S.	Satz, Seite
Schr. Speyer	Schriftenreihe der Hochschule Speyer (Berlin)
SGG	Sozialgerichtsgesetz v. 3.9.1953 (BGBl. I, S. 1239)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Heidelberg)
Sp.	Spalte
U.	Urteil
u.a.	und andere
v.	von, vom
VA	Verwaltungsakt
Verh. DJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages (Tübingen)
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetze über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (in den Ländern der ehemaligen amerikanischen Zone): Bayerisches Gesetz Nr. 39 v. 25.9.1946 (GVBl. S.281); Bremisches Gesetz v. 5.8.1947 (GVBl. S. 171); Hessisches Gesetz v. 31.10.1946 (GVBl. S. 194); Württemberg-Badisches Gesetz Nr. 110 v. 16.10.1946 (RegBl. S. 221) mit Änderungen
VGG Berlin	(Berliner) Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 8.1.1951 (VOBl. I, S.46)

VGG RhPf	Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz v. 14.4. 1950 (GVBl. I, S. 103)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VOBl. (BZ.)	Verordnungsblatt (für die Britische Zone)
VRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (München, Berlin)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Berlin)
VwArch.	Verwaltungsarchiv (Köln, Berlin)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960 (BGBl. I, S. 17)
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz v. 27.4. 1953 (BGBl. I, S. 157)
VwVG NW	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfahlen i.d.F. v. 26.3.1960 (GVBl. S. 47)
VwVG RhPf	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Rheinland-Pfalz v. 8.7.1957 (GVBl. S. 101)
VwZVG	Bay. Verwaltungszustellungs- und vollstreckungsgesetz v. 30.5.1961 (GVBl. S. 148)
WehrpflG	Wehrpflichtgesetz i.d.F. v. 14.5.1965 (BGBl. I, S. 391)
WoBauG	1. Wohnungsbaugesetz i.d.F. v. 25.8.1953 (BGBl. I, S. 1047)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Reichsverfassung) v. 11.8.1919 (RGBl. S. 1383)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (Stuttgart, Köln)
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Düsseldorf)

ZPO	Zivilprozeßordnung i.d.F. v. 12.9.1950 (BGBl. 533)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Köln, Berlin)

LITERATURVERZEICHNIS

BACHOF, OTTO

Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949, 377-395

Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes und das Bundesverwaltungsgericht, DRZ 1950, 245-247

Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung ...., Tübingen 1951 (zit.: Vornahmeklage)

Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in: Festschr. für LAFORET, München 1952, S. 285-316

Anmerkung zu LVG SCHLESWIG, B v. 23.12.1954, MDR 1955, 570

Diskussionsbeitrag, VVDStRL 14 (1956), 174f

Anmerkung zu BVwG, U v. 21.10. 1955, JZ 1956, 342f

Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht, in: Jschr. II, S. 3-18

Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des BVwG, Tübingen, Bd. I, 3.Aufl. 1966, Bd. II 1967 (zit.: VerfR.I,II)

BAUMBACH/LAUTERBACH

Zivilprozeßordnung, 29.Aufl., München, Berlin 1966

ACHTERBERG, GOTTFRIED	Das Verfahren der ordentlichen Gerichte in öffentlich-rechtlichen Streitsachen, ZZP 73 (1960), 387-413
BAUR, FRITZ	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955
BECKER, ERICH	Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (1956), 96-135
BEINHARDT, GERD	Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung, DVBl. 1961,608-613
	Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, VwArch. 55 (1964), 151-174, 210-263
BERNER, GEORG	Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsverfahrens, in: MANG, Verwaltungsrecht in Bayern, München 1952, Bd. I, S.99-118
BETTERMANN, KARL AUGUST	Anmerkung zu OLG KÖLN, U v. 19.11.1951, DVBl. 1952, 312-314
	Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl. 1953, 163-168,202f
	Über die materielle Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils, Anm. zu BGH, U v. 30.4.1953, MDR 1954, 7-9

BETTERMANN, KARL AUGUST	Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Gschr. für JELLINEK, S. 361-389
	Anmerkung zu BGH, U v. 17.5. 1956, DVBl. 1957, 109f
	Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Grundrechte III 2, S. 779-908
	Anmerkung zu BSG, U v. 17.7. 1958, NJW 1959, 66f
	Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung, DVBl. 1959, 308-315
	Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, 449-457
	Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Jschr. II, S. 449-474
	Zweitanfechtung nach verspäteter Erstanfechtung, JZ 1965, 265-271
	Anmerkung zu BVwG, Vorbescheid v. 11.10.1963, DVBl. 1965, 365f
	Anmerkung zu VG KÖLN, U v. 24.9.1964, DVBl. 1965, 886-888
BITTER, GEORG	Inhalt und Grenzen der Dispositionsmaxime im Verwaltungsprozeß, BayVBl. 1958, 41-46.
BLOMEYER, ARWED	Zivilprozeßrecht, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963

BÖCKENFÖRDE, WERNER	Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957
BÖTTICHER, EDUARD	Die Zulässigkeit des Rechtswegs und die Inzidentkontrolle der Verwaltungsakte durch die ordentlichen Gerichte, DVBl. 1950, 321-328
	Die Bindung der Gerichte an die Entscheidung anderer Gerichte in: Festschr. zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Bd. I, S. 511-544
	Anmerkung zu BAG, U v. 21.8. 1961, JZ 1962, 317f
BRÄUTIGAM, HORST	Verwaltungsrechtsweg und Klagearten, DÖV 1960, 364-368
BRÜCK, F.	Verwaltungsrecht und Prozeßrecht, NJW 1960, 2271-2276
BULLINGER, MARTIN	Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962 (zit.: Vertrag)
	Zur Bestandskraft belastender Verwaltungsakte, JZ 1963, 466-470
CZERMAK, FRITZ	Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung, NJW 1962, 776-778
	Anmerkung zu VGH KASSEL, U v. 19.7.1961, NJW 1962, 832f

CZERMAK, FRITZ	Anmerkung zu BVwG, U v. 6.9. 1962, NJW 1963, 1027
	Anmerkung zu VG WIESBADEN, U v. 20.6.1963, NJW 1964, 939
DIEDERICHSEN, UWE	Die Funktion der Prozeßführungsbefugnis in ihrer Beschränkung auf Drittprozesse, ZZP 76 (1963), 400-423
DIETLEIN, MAX JOSEF	Anmerkung zu BVwG, U v. 6.5. 1964, DVBl. 1964, 923f
V.DOEMMING, KLAUSBERTO	Art. 132, in: V.DOEMMING/FÜSSLEIN/MATZ, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR 1, 864-875
DRATH, MARTIN	Diskussionsbeitrag, VVDStRL 8 (1950), 152-154
DYROFF, ANTON	Bayerische Verwaltungsgerichtsgesetze, 7.Aufl., Ansbach 1928
EHRIG, H-G.	Die Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1959, 215-222; (II) NJW 1961, 196-200
ENGELHARDT, HANS	Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, JZ 1961, 588-593
ENGISCH, KARL	Einführung in das juristische Denken, 3.Aufl., Stuttgart 1964
ENNECERUS/NIPPERDEY	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 2.Hbd., Tübingen 1960
EVERS, HANS-ULRICH	Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, Berlin 1960

EVERS, HANS-ULRICH	Anmerkung zu BAY.VGH, U v. 11.3.1964, DVBl. 1965, 449
EYERMANN/FRÖHLER	Verwaltungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., München, Berlin 1954 (zit.: VGG)
	Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., München, Berlin 1965
FENEBERG, HERMANN	Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1965, 177-180, 222-225
FICHTMÜLLER, CARL PETER	Die Flugunfalluntersuchung, Fragen der Organisation und des Rechtsschutzes, Diss. Göttingen 1965
	Doppelnatur von Verwaltungsakten?, JuS 1965, 350-355
FICKERT, HANS CARL	Der Begriff "Einvernehmen" im Bundesbaugesetz und seine Handhabung im Baugenehmigungs- und Rechtsmittelverfahren, DVBl. 1964, 173-182
	Ist die Zustimmung nach § 9 II FStrG ein Verwaltungsakt oder ein Verwaltungsinternum? DÖV 1964, 661-663
FLEINER, FRITZ	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928

FORSTHOFF, ERNST	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 9.Aufl., München, Berlin 1966 (VII. Abschn.: Der Rechtsschutz in Verwaltungssachen, 8. Aufl., 1961)
FRIESECKE-TACKENBERG GISELA	Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime, DVBl. 1961, 546-547
FRIESENHAHN, ERNST	Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, DV 1949, 478-485
V. GAMM, OTTO-FRIEDRICH	Das Verwaltungshandeln und der Rechtsweg, NJW 1957, 1055-1057
GEHRING, OTTO WERNER	Streitgegenstand, Aktivlegitimation und Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß, DÖV 1954, 331-336
GEIGER, HELMUT	Kosten und Vollstreckung nach der Verwaltungsgerichtsordnung, MDR 1960, 884-887
GEIGER, WILLI	Zur Frage der Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Urteile, in Jschr. I, S. 183-210
	Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeiexzesse, in: Festschr. für den 45.DJT, Karlsruhe 1964, S. 61-79 (zit.: Festschr. für den 45.DJT)
GENZMER, FELIX	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ANSCHÜTZ/THOMA, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.II, Tübingen 1932, S. 506-523

GNEIST, RUDOLF	Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1879
GROETSCHEL, OTTO	Was bedeutet "Tatbestandswirkung"? DVBl. 1959, 413-417
GROSCHUPF, OTTO	Neue Verwaltungsakte während des Verwaltungsprozesses, DVBl. 1961, 840-845
GRUNSKY, WOLFGANG	Die Prozeßführungsbefugnis des Beklagten, ZZP 76 (1963), 49-72
HAAK, VOLKER	Normenkontrolle und verfassungskonforme Auslegung des Richters, Bonn 1963
HAMANN, ANDREAS	Kann die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts durch Parteivereinbarung begründet werden? DVBl. 1951, 156f
	Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied, Berlin 1961
HAUEISEN, FRITZ	Die Verpflichtungsklage und ihre Bedeutung für Streitigkeiten aus dem Bereich der Leistungsverwaltung, NJW 1957, 1657-1661
	Der Verwaltungsakt im Lichte neuer Überlegungen, DÖV 1961, 121-129
	Verwaltung und Bürger, DVBl. 1961, 833-839
	Die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, NJW 1962, 2129-2132

HAUEISEN, FRITZ	Unterschiede in den Bindungswirkungen von Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichem Vertrag, gerichtlichem Vergleich und Urteil, NJW 1963, 1329-1336
	Erst- und Zweitbescheid im Verwaltungsrecht, NJW 1965, 561-565
HEGEL, HERMANN	Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen, Stuttgart 1963 (zit.: Unterbringung)
	Kann mit der Verpflichtungsklage auch die Verurteilung zur Vornahme einer sog. Amtshandlung erreicht werden? JZ 1963, 15-17
	Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage in der VwGO, DÖV 1965, 413-415
HENCKEL, WOLFRAM	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961
HESSE, KONRAD	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967
HOFFMANN, HEINRICH	Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß, VwArch.53 (1962), 297-332
HOLLAND, RALF	Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß, Diss. Göttingen 1964
	Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß, DÖV 1965, 410-412

HUFNAGL, FRANZ	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Berlin, München 1950
VAN HUSEN, PAULUS	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Württemberg-Baden und Hessen, Stuttgart 1947
IMBODEN, MAX	Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL 18 (1960), 113-143
IPSEN, HANS PETER	Gleichheit, in: Grundrechte II, S. 111-198
JELLINEK, GEORG	Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. (1921) 6. Neudruck, Homburg v. d. Höhe 1959
JELLINEK, WALTER	Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931; Neudruck, Offenburg 1948 (zit.: JELLINEK)
	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948, 269-273
	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, DRZ 1948, 470-472
JERUSALEM, FRANZ	Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts über den Südweststaat-Streit, NJW 1952, 45-48
JESCH, DIETRICH	Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956 (zit.: Bindung)

JESCH, DIETRICH	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
JESS, EDMUND	Kommentierung des Art. 132 GG, in: BK
KAUTZ/RIEWALD	Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung von Geldbeträgen, 8. Aufl., Berlin, Köln 1955
KEIDEL/KEIDEL	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9.Aufl., München, Berlin 1967 (zit.: KEIDEL)
KELLNER, HUGO	Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 1963, 418-429
	Zur technischen Bewältigung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, in: Juristenjahrbuch, Bd.5, 1964/1965, S.93-120 (zit.: Juristenjahrbuch 1964/65)
KLEIN, FRIEDRICH	Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), 67-125
KLEIN, KARL HEINZ	Anmerkung zu OLG KÖLN, U v. 19.11.1951, DÖV 1952, 285
KLINGER, HANS	Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 2. Aufl.,Göttingen 1953 (zit.: MRVO)
	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2.Aufl., Göttingen 1964 (zit.: KLINGER)

KOEHLER, ALEXANDER	Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin, Frankfurt (M) 1960
KÖNIG, HANS-GÜNTHER	Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, Köln, Berlin, Bonn, München 1962
KRAUSE, V.	Die beamtenrechtliche Klage nach der Verwaltungsgerichtsordnung, ZBR 1960, 65-69
KRÜGER, HERBERT	Die Anfechtungsklage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, 380-387
LANG, ARNO	Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VwArch. 52 (1961), 60-91, 175-195
LARENZ, KARL	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
LEIBHOLZ, GERHARD	Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., München, Berlin 1959
LEIBHOLZ/RINCK	Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1966
LENT/JAUERNIG	Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München, Berlin 1966
LENT/HABSCHEID	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4.Aufl., München, Berlin 1962
LERCHE, PETER	Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin, Köln 1953 (zit.: ORW)

LERCHE, PETER

Die Rechtswegproblematik und die Beratungen zu einer Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes, JZ 1953, 212-214

Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1954, 626-632

Zwischenbilanz der Klage gegen nichtige Verwaltungsakte, DÖV 1954, 612-716

Zum Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, BayVBl. 1956, 295-299

Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, in: Jschr. II, S. 59-90

Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP 78 (1965), 1-31

Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), 341-372

LINN, KARL

Beendigung des Verwaltungsprozesses ohne Streitentscheidung in der Sache, DVBl. 1965, 816-821, 849-855

LÖWER, KURT

Der verwaltungsgerichtliche Prozeßvergleich als materielles Rechtsgeschäft, VwArch. 56 (1965), 142-157, 236-277

LOPPUCH

Die verwaltungsgerichtliche Klage wegen Nichtvornahme von Verwaltungsakten, NJW 1953, 9-12

LOPPUCH	Anmerkung zu OVG LÜNEBURG, B. v. 24.9.1954, NJW 1955, 117f
LÜKE, GERHARD	Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, AöR 84 (1959), 185-226
	Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, 41-48
	Zur Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, JuS 1961, 188-190
	Die Prozeßführungsbefugnis, ZZP 76 (1963), 1-31
	Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, JuS 1967, 1-8
MALLMANN, WALTER	Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), 165-207
MANG/MAUNZ/MAYER OBERMAYER	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl., München 1964 (zit.: MANG ua.)
V. MANGOLDT, HERMANN	Das Bonner Grundgesetz, 1.Aufl., Berlin, Frankfurt (M) 1953
V. MANGOLDT/KLEIN	Das Bonner Grundgesetz, 2.Aufl., Berlin, Frankfurt (M), Bd. I 1957, Bd. II 1964
MARTENS, JOACHIM	Der Anspruch auf Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes, NJW 1963, 1856-1860
	Streitgegenstand und Urteilsgegenstand der Anfechtungsklage, DÖV 1964, 365-369

MARTENS, WOLFGANG	Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln, JuS 1962, 245-252
MATZ, WERNER	Art. 19, in: V.DOEMMING/FÜSSLEIN/MATZ, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR 1, 176-186
MASSON, CHRISTOPH	Anmerkung zu BVwG, U v. 20.3. 1964, BayVBl. 1964, 403
	Anmerkung zu BAY.VGH, U v. 29.10.1964, BayVBl. 1965, 64f
MAUNZ, THEODOR	Besprechung von EYERMANN/FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, BayVBl. 1961, 30f
	Deutsches Staatsrecht, 15.Aufl., München, Berlin 1966 (zit.: MAUNZ)
MAUNZ/DÜRIG	Grundgesetz, München, Berlin 1958ff (Stand: 1966)
MAUNZ/SIGLOCH/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN	Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, Berlin 1965ff (Stand: 1967)
MAYER, OTTO	Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.I, 3. Aufl., München, Leipzig 1924
MELLWITZ, ARTUR	Anmerkung zu BVwG, U v.28.3. 1962, DVBl. 1962, 601-604
MENGER, CHRISTIAN-FRIEDRICH	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954 (zit.: System)

MENGER, CHRISTIAN-FRIEDRICH	Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, 587-592
	Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, in: Gschr. für JELLINEK, S. 347-359
	Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Grundrechte III 2, S.717-778
	Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, 297-303
	Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, in: Jschr. II, S. 427-447
	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VwArch.48 (1957) - 55 (1964)
MENGER/ERICHSEN	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, ab VwArch. 56 (1965)
MERKL, ADOLF	Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, Berlin 1927
MÖRTEL, GEORG	Auswirkungen der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schr.Speyer 13 (1962), 137-171

MÜLLER, HANSWERNER	Die Verfahrenseinstellung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1961, 79f
	Entscheidungen verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, NJW 1963, 282-285
MÜLLER-TOCHTERMANN, HELMUT	Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nach der Verwaltungsgerichtsordnung, VwArch.53 (1962), 45-73
NAUMANN, RICHARD	Rechtsweg, Gerichtswege und Kompetenzkonflikt, JZ 1951, 204-209
	Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953
	Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, in: Gschr.für JELLINEK, S.391-406
	Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, in: Jschr. II, S. 365-385
NIESE, WERNER	Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß, JZ 1952, 353-358
NIKISCH, ARTUR	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952
OBERMAYER, KLAUS	Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart, München, Hannover 1956 (zit.: VA)
	Anmerkung zu BVwG, U v.3.5.1956, NJW 1956, 1849-1851

OBERMAYER, KLAUS	Anmerkung zu BGH, U v. 10.3.1958, DÖV 1958,629
	Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch, JuS 1963, 110-116
	Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, in: MANG u.a., S.109-282
OPPERMANN, HANS	Erledigung der Hauptsache und Gesetzesänderung während des Verwaltungsstreitverfahrens, DÖV 1954, 211f
PERSCHEL, WOLFGANG	Anmerkung zu BVwG, U v.30.4. 1965, JuS 1966, 231-237
PETERS, HANS	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
PETERS/SAUTTER/WOLFF	Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4.Aufl., Stuttgart 1966ff (Stand: 1967)
PIETZONKA	Die Widerklage im Verwaltungsprozeß, NJW 1955, 1306
QUARITSCH, HELMUT	Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VwArch.51 (1960), 210-243, 342-372
RAUTENBERG/VOIGT	Probleme der sog. allgemeinen Leistungsklage, DÖV 1964,259-263
REDEKER, KONRAD	Anmerkung zu BVwG, U v. 25.2.1962, DVBl. 1963, 509-511

REDEKER/VON OERTZEN	Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Stuttgart 1965
REHMERT, FRITZ	Zur Frage der "anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts", DÖV 1958, 251-254
RENCK, LUDWIG	Verwaltungsakt und Gesetzesvorbehalt, JuS 1965, 129-134
	Feststellung der Wirksamkeit von Verwaltungsakten, NJW 1965, 1791-1795
RUPP, HANS HEINRICH	Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl. 1958, 113-120
	Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung, AöR 85 (1960), 149-199, 301-336
	Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1961, 59-62
	Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen, NJW 1961, 811-813
	Kommentare zur Verwaltungsgerichtsordnung (Buchbesprechung), AöR 88 (1963), 479-494
	Der Schadenersatz- und Regreßanspruch des Dienstherrn im "besonderen Gewaltverhältnis" und seine Durchsetzung - zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt -, DVBl. 1963, 577-581

RUPP, HANS HEINRICH	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965 (zit.: Grundfragen)
SALZWEDEL, JÜRGEN	Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958
	Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Festschr. für JAHRREISS, hrsg. v. CARSTENS und PETERS, Köln, Berlin, Bonn, München 1964, S. 339-353
SAMPER, RUDOLF	Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, München 1965
SCHÄFER, HANS	Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jschr. I, S. 159-182
SCHÄFER, W.	Die Klagearten nach der Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 1960, 837-843
SCHILLING, KARL-JÜRGEN	Kommunalverfassungsstreit in Bayern? BayVBl. 1965, 113-119
SCHMATZ, HANS PETER	Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht, Berlin 1966
SCHMITT-LEERMANN, HANS	Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz, München 1961
SCHOLLER, HEINRICH	Die Neuordnung des Finanzrechtsweges, BayVBl. 1966, 114-117

SCHÖNKE, ADOLF	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., neu bearbeitet von SCHRÖDER und NIESE, Karlsruhe 1956
SCHRÖDTER, HANS	Anmerkung zu BVwG, U v. 19.11. 1965, DVBl. 1966, 182-185
SCHUNCK/DE CLERCK	Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Siegburg, St. Goar 1952 (zit.: VGGRhPf)
	Verwaltungsgerichtsordnung, 2.Aufl., Siegburg 1967
SCHWEICKHARDT, ROLF	Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß, DÖV 1965, 795-804
SIEGMUND-SCHULTZE, GERHARD	Anmerkung zu BVwG, U v. 16.1. 1964, DVBl. 1965, 91f
SIEHOFF, HEINZ	Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch im Verwaltungsrecht, Diss. Würzburg 1958
SIMON, JÜRGEN	Behördliche Bescheinigungen als Verwaltungsakte, DVBl. 1956,355-358
SPANNER, HANS	Grundrechtsprobleme, Buchbesprechung zu BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHEUNER, Die Grundrechte, VwArch. 51 (1960), 164-173
	Anmerkung zu OVG MÜNSTER, U v. 19.7.1962, DÖV 1963, 29-31

SPANNER, HANS	Verfassungsprozeß und Rechtsschutzbedürfnis, in: Festschr. für JAHRREISS, hrsg. v. CARSTENS und PETERS, Köln, Berlin, Bonn, München 1964, S.411-427
	Ein Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1964, 845-849
	Wieder einmal: Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, DÖV 1965, 154-158
STEIN, EKKEHARD	Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, AöR 86 (1961), 320-331
STEIN/JONAS/SCHÖNKE/POHLE	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. I (Lieferung 1-4), 19.Aufl. 1964/67, sonst 18. Aufl. 1956ff, Tübingen
STERN, KLAUS	Schlichte Verwaltungsäußerungen, BayVBl. 1957, 44-45, 86-88
	Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VwArch. 49 (1958), 106-157
	Der praktische Fall - öffentliches Recht -: Umstrittene Maßnahmen der Bundesbank, JuS 1963, 68-73
	Verwaltungsprozessuale Grundprobleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, JuS 1965, 183-189, 306-311

STICH, RUDOLF	Rechtsprobleme des Vorverfahrens in Beamtensachen, ZBR 1960, 209-214
	Was ist bei fehlendem Vorverfahren zu tun? DVBl. 1960, 378-380
	Einvernehmen und Zustimmung, DVBl. 1963, 193-199
	Das Verwaltungshandeln, JuS 1964, 333-341, 381-391
THEUNE, WERNER	Der Folgenbeseitigungsanspruch, BayVBl. 1963, 103-108
THOMAS/PUTZO	Zivilprozeßordnung, 2.Aufl., München, Berlin 1965
V. TUREGG, KURT EGON	Die Prozeßmaximen im Verwaltungsprozeß, in: Festschr. für HEINRICH LEHMANN, hrsg.v. NIPPERDEY, Berlin, Frankfurt (M), Tübingen 1956, Bd. II, S.849-868
V. TUREGG/KRAUS	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962
ULE, CARL HERMANN	Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, DVBl.1954, 137-147
	Buchbesprechung zu MENGER, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, AöR 80 (1955/56), 245-249
	Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1957, 597-603

ULE, CARL HERMANN	Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, 537-545
	Verwaltungsrechtsschutz, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 11, Göttingen 1961
	Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2.Aufl., Köln, Berlin 1962 (zit.:ULE)
	Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., München, Berlin 1966 (zit.: Verwaltungsprozeßrecht)
ULE/BECKER	Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, Köln, Berlin 1964
ULE/RASCH	Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1965
VOCKE, WILHELM	Der Rechtsschutz in der öffentlichen Verwaltung, in: MANG, Verwaltungsrecht in Bayern, München 1952, Bd. I, S. 134-209 (zit.: MANG I)
WACKE, GERHARD	Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage, AöR 79 (1953/54), 158-184
WALZ, ERNST	Anmerkung zu OLG KÖLN, U v. 19.11.1951, JZ 1952, 223-225
WENDT, PETER	Über die Rechtsnatur der Untersuchungsberichte des Luftfahrtbundesamts, DÖV 1963, 89-95
WERNER, FRITZ	Buchbesprechung zu MENGER, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, DVBl.1955, 203f

WERNICKE, KURT GEORG	Kommentierung des Art. 19 GG, in: BK
WILHELM, BERNHARD	Die vollziehende Gewalt als Prozeßpartei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, BayVBl. 1965, 297-301
WOLFF, HANS JULIUS	Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950/51), 205-217
	Verwaltungsrecht, München, Berlin, Bd. I, 6.Aufl. 1965; Bd.II, 2. Aufl. 1967; Bd. III 1966 (zit. WOLFF I, II, III)
ZEIDLER, KARL	Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), 208-241
	Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Der Staat 1 (1962), 321-344
	Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung beizubehalten? in: Verh.des 44. DJT, Bd. I (Gutachten) 2.Teil, 1962
ZEUNER, ALBRECHT	Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Zusammenhänge, Tübingen 1959

ZIPPELIUS, REINHOLD — Grundrechte II, in: Evangelisches Staatslexikon, hrsg. v. KUNST und GRUNDMANN, Stuttgart, Berlin 1966, Sp. 721-740

ZSCHACKE, RUDOLF — Die Rücknahme unanfechtbarer rechtswidriger belastender Verwaltungsakte der Leistungsverwaltung, DVBl. 1962, 322-325

1. Einleitung

1.1 Klageformen in der VwGO

Eine Arbeit über die Einteilung der verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen findet kaum Anhaltspunkte in der VwGO. Dieses Prozeßgesetz für die Verwaltungsgerichtsbarkeit sieht wie seine unmittelbaren Vorgänger den entscheidenden Fortschritt in der Generalklausel, hat aber das Klagensystem diesem Fortschritt nicht angepaßt und eine klare Systematik versäumt: Im Vordergrund steht immer noch die Klage zur Anfechtung bestimmter hoheitlicher Maßnahmen. Diese werden zwar nicht mehr aufgezählt, aber die Klage wird immer noch auf VAe begrenzt. Die übrigen Klagen stehen nur am Rande: Verhältnismäßig ausführlich wird die - wie die Anfechtungsklage auf VAe bezogene - Verpflichtungsklage geregelt; eine Bestimmung umreißt die Feststellungsklage; andere Leistungsklagen werden nur an einigen Stellen erwähnt. Irreführend sind auch die Begriffe der VwGO: Die Klageformen sind teils mit besonderen Bezeichnungen (Anfechtungsklage, Verpflichtungsklage), teils mit der Bezeichnung einer allgemeinen Begehrensform (Feststellungsklage, Leistungsklage) versehen. 1)

1.2 Thema

1.21 Einteilung der Leistungsklagen

So kennt die VwGO offenbar zwei Klagetypen im Bereich der Leistungsbegehren: die Verpflichtungsklage und die nicht näher bestimmte "allgemeine Leistungsklage". Diese Leistungsklagen sollen hier genauer untersucht werden. Nur als Vorfrage ist die umfassende Zulässigkeit der Leistungsklagen zu behandeln. Hier soll vor allem versucht werden, im Bereich der Leistungsbegehren

---

1) Zu diesen Einteilungen vgl. u. S.75ff.

bestimmte Klagetypen voneinander abzugrenzen und sinnvolle Einteilungsgesichtspunkte dafür zu finden. Dabei ist auch die Ausgestaltung dieser Klageformen zu behandeln.

1.22 Überblick über die Auffassungen

Gleich am Anfang ist ein kurzer Überblick über die zur Einteilung der Klageformen vertretenen Auffassungen zu geben. Sie lassen sich in zwei Hauptgruppen zusammenfassen.

Nach der einen Meinung 2) ist neben der auf den VA i.e.S. bezogenen Verpflichtungsklage die "allgemeine Leistungsklage" zulässig. Innerhalb der allgemeinen Leistungsklage werden grundsätzlich keine Differenzierungen vorgenommen. 3) Verpflichtungs-

---

2) HEGEL, JZ 1963, 15; DERS., DÖV 1965, 413 (415) m.w.N.; KLINGER, § 42, A 4; E I; ULE, II vor § 42; § 42, IV 1a, b; REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 6, 96ff; § 113, 18; SCHUNCK-DE CLERCK, § 113, 3b; § 42, 1 (bei 2, vgl. aber auch § 42, 2a aa); OBERMAYER, in MANG u.a., S. 232f; WOLFF III, § 173 IIa (S.411); BACHOF, VerfR. I, S.240; DERS., Jschr. II, S. 11; CZERMAK, NJW 1962, 778 aE., 883; HOLLAND, Diss., S.73; MÖRTEL, SchrSpeyer 13, 152f, 153-156; NAUMANN, Jschr. II, S. 377f; RAUTENBERG-VOIGT, DÖV 1964, 259f; SCHÄFER, DVBl. 1960, 338f; STERN, JuS 1963, 71.
OVG HAMBURG v. 23.9.1960, DÖV 1961, 63; OVG MÜNSTER v. 22.2.1961, DÖV 1961, 469f; VG DÜSSELDORF v. 20.9.1960, ZMR 1961, 344 (alle, ohne auf die Gegenmeinung einzugehen); vgl. auch BAY.VGH v. 20.10.1960, BayVBl. 1961, 58f (der neben der Verpflichtungsklage i.e.S. nur die koordinationsrechtliche Leistungsklage zuläßt; dazu s. u. S. 8 ff).

3) s. aber die Einteilung nach dem Klagegegner in Verwaltungs- und Bürgerverurteilungsklagen bei HOLLAND, Diss., S.26f (dazu s.u. S.96 f).

klage und allgemeine Leistungsklage folgen verschiedenen Regeln,4) nur eine analoge Anwendung einzelner Vorschriften über die Verpflichtungsklage wird erwogen. 5)

Die andere Auffassung 6) unterscheidet zwischen subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Leistungsklagen. 7) Die subordinationsrechtliche Leistungsklage ist auf die AH 8) oder den VA i.w.S. 9) bezogen, schließt also die Verpflichtungsklage mit ein. Für diesen einheitlichen Klagetyp gelten auch einheitlich die Regeln für die Verpflichtungsklage. Die koordinationsrechtliche Leistungsklage folgt anderen Regeln. 10)

---

4) vgl. z.B. OVG MÜNSTER v. 22.2.1961, DÖV 1961, 469f.

5) HEGEL, JZ 1963, 16; FICHTMÜLLER, Diss., S.83ff, 91f; dagegen: MENGER, Gschr. für JELLINEK, S. 356f.

6) EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 6-8; § 42, 12ff; BETTERMANN, NJW 1960, 649f; LERCHE, Jschr. II, S.73-77; MARTENS, JuS 1962, 252; MAUNZ, BayVBl. 1961, 30f; MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 IV, 24 cc; ZEIDLER, Verh. 44. DJT., Bd. T 2, S.81; VG FRANKFURT (M) v. 3.5.1960, DÖV 1961, 313 (314). Für einen weiten VA-Begriff, ohne die Möglichkeit einer anderen Leistungsklage zu erwägen, auch: JESCH, Bindung, S. 18-20; FICKERT, DVBl. 1964, 175; WENDT, DÖV 1963, 91f; vgl. auch FORSTHOFF, 8. Aufl., S. 496f (der sogar die Klage aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag als Verpflichtungsklage bezeichnet).

7) Besonders klar: LERCHE, aa0.; EYERMANN-FRÖHLER, § 40,6.

8) BETTERMANN, NJW 1960, 649; LERCHE, aa0., S. 76; FORSTHOFF, aa0. (Fn.6); VG FRANKFURT (M), aa0. (Fn. 6).

9) EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 12ff; MAUNZ, aa0. (Fn. 6); MAUNZ-DÜRIG, aa0. (Fn. 6); MARTENS, aa0. (Fn. 6); ZEIDLER, aa0. (Fn. 6).

10) LERCHE, aa0. (Fn. 6), S.77; MARTENS, aa0. (Fn. 6).

Die Gegenüberstellung der Auffassungen läßt erkennen, daß einerseits der VA als entscheidendes Merkmal der Verpflichtungsklage und damit als Abgrenzungskriterium für das Verhältnis Verpflichtungsklage/allgemeine Leistungsklage angesehen wird, während andererseits dem VA keine entscheidende Bedeutung beigemessen wird, sondern auf das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses abgestellt und die Grenze zwischen subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Leistungsklagen gezogen wird. Beide Auffassungen unterscheiden sich in Bezug auf die Ausgestaltung der verschiedenen Klageformen wesentlich voneinander.

1.23 Praktische Bedeutung

Eine Untersuchung der Einteilung der Klagearten ist nicht nur theoretischer Natur, die Frage nach dem richtigen Klagetyp und dem dafür maßgeblichen Verfahren hat überwiegend praktische Bedeutung. Das läßt sich durch Beispiele über die Auswirkungen der eben genannten Auffassungen verdeutlichen. Gegensätzliche Ergebnisse erhält man, wenn eine Leistungsklage zwar nach hM nicht auf einen VA gerichtet ist, aber in einem Subordinationsverhältnis wurzelt wie z.B. die Folgenbeseitigungsklage 11) oder die Klage auf Benennung eines Behördeninformanten; 12) auch für den umgekehrten Fall gibt es ein Beispiel: die Klage aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag auf Erlaß eines VAes. 13) Diese unterschiedliche Einordnung kann sich entscheidend auswirken, wenn man von einer unterschiedlichen Ausgestaltung der Klageformen ausgeht, z.B. wenn die eine Meinung die Zulässigkeit der Klage wegen Fehlens des Vorverfahrens oder wegen Fristversäumung verneinen müßte -

11) s. HEGEL, Unterbringung, S. 103 und u. S.159 .

12) BVwG v. 30.4.1965, DÖV 1965, 488 (mit abl. Besprechung von PERSCHEL, JuS 1966, 231).

13) s. LERCHE, Jschr II, S. 77f und u.S.161.

und die andere nicht oder wenn es sich um die ebenfalls verschieden beantwortete Frage der Zulässigkeit eines Urteils gem. § 113 I 4 VwGO oder der vorläufigen Vollstreckung handelt.

1.3 Aufbau der Arbeit

Die beiden Auffassungen bilden den Ausgangspunkt für den Aufbau der Arbeit. Nach einem Abschnitt über die umfassende Zulässigkeit der Leistungsklage im Verwaltungsprozeß (2.) ist in zwei Hauptabschnitten zu untersuchen, ob für die Einteilung der Klageformen im Bereich der Leistungsklage der VA-Begriff (3.) oder aber der Begriff des Subordinationsverhältnisses (4.) der richtige Anknüpfungspunkt ist. In einem Schlußabschnitt (5.) sind die Ergebnisse zusammenzufassen.

1.4 Begriffe

Vorweg sind noch die hier gebrauchten Begriffe im groben festzulegen. 14) Der Begriff "VA" (ohne Zusatz) wird hier im engeren, überkommenen Sinn verwandt. "AHen" sind alle Verwaltungshandlungen im Subordinationsverhältnis einschließlich der VAe. Als "Verpflichtungsklage" wird nur die auf VAe bezogene Leistungsklage bezeichnet, als"subordinationsrechtliche Leistungsklage" dagegen die Leistungsklage im Subordinationsverhältnis, mit der AHen begehrt werden. Der Begriff "allgemeine Leistungsklage" bezeichnet die auf alle Leistungen außer VAe bezogene Leistungsklage, die von der hM als neben der Verpflichtungsklage stehender einheitlicher Klagetyp angesehen wird. Meist werden die Klagen in diesem Bereich jedoch als "andere Leistungsklagen" bezeichnet, um damit auszudrücken, daß es sich hier nicht um einen einheitlichen Klagetyp handelt.

---

14) Die Definitionen werden erst im Lauf der Arbeit erörtert.

2. Zulässigkeit der Leistungsklage im Verwaltungsprozeß

2.1 Zulässigkeit vor Inkrafttreten der VwGO

Vor der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel war die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klagen durch das Enumerationsprinzip beschränkt. 1) Leistungsklagen wurden dabei selten aufgeführt. 2) Die Einführung der Generalklausel in einzelnen Ländern zu Beginn der Weimarer Republik 3) änderte an der begrenzten Zulässigkeit der Leistungsklage zunächst wenig, denn ihr Bereich wurde weiter von der den Zivilrechtsweg kraft Tradition bejahenden Rechtsprechung der Zivilgerichte eingeschränkt. 4) Erst mit den Generalklauseln der Verwaltungsprozeßgesetze nach 1945 - zunächst in § 22 VGG, § 22 MRVO, § 15 VGGRhPf, dann in § 40 VwGO -, durch die auch die Zivilprozeßsachen kraft Tradition (bis auf die ausdrückliche Zuweisung in

---

1) z.B. § 50 preußisches Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung v. 30.7.1883 (GS S.195); Art. 8, 10, 11 bayer. Verwaltungsgerichtsgesetz v. 8.8.1878 (GVBl. S. 369); vgl. zum Ganzen HOLLAND, Diss. S. 3-5.

2) Das gilt auch für den Katalog der Art. 8, 10, 11 bayer. VGG v. 8.8.1878 (Fn. 1); obwohl dort der Begriff "Verfügung" oder ähnliche Begriffe verhältnismäßig selten sind, zielen die meisten Klagen auf behördliche Maßnahmen.

3) So in Hamburg (§ 9 Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit ... v. 2.11.1921 - GVBl. S. 585) und Bremen (§ 8 Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit ... v. 6.1.1924 - GBl. S. 23).

4) s. HOLLAND, Diss., S. 5.

§ 40 II VwGO) beseitigt wurden, 5) wurde auch für die Leistungsklage ein weiter Bereich frei: für sie waren vorgesehen die Klageformen der Verpflichtungsklage (§ 35II VGG, § 24 MRVO, § 15II VGGRhPf) und der - allerdings nicht auf Leistungsklagen beschränkten - "Parteistreitigkeiten" (§§ 22, 85 VGG), 6) bzw. der "anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" (§ 22 MRVO, § 15I VGGRhPf).

2.2 Zulässigkeit nach Inkrafttreten der VwGO

Heute ist eine andere, neben der Verpflichtungsklage stehende, 7) Leistungsklage zwar im Gegensatz zur Verpflichtungsklage in der VwGO fast nicht geregelt und daher auch nicht zu einem fest umrissenen Klagetyp ausgestaltet worden. Die Zulässigkeit einer anderen Leistungsklage ist aber trotzdem allgemein anerkannt. 8)

---

5) EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 92f; für die Vorläufer der VwGO wurde dies noch bestritten, vgl.: BGHZ 9, 339 (348ff); SCHUNCK-DE CLERCK, VGGRhPf, § 15, 10b (S.83f).

6) Die Umgrenzung der Parteistreitigkeiten war umstritten; für eine weite, dem Begriff der "anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" entsprechende Auslegung: BACHOF, VerfR I, S. 71; von einer engeren Auslegung ausgehend: BVwGE 4, 117; BRÄUTIGAM, DÖV 1960, 366; dazu s. u. S.154.

7) Die Einordnung der Verpflichtungsklage als Leistungsklage ist heute unbestritten; vgl.BACHOF, Vornahmeklage, S. 5ff; WOLFF III, § 173 IIa.

8) z.B. : KLINGER, vor § 42f; REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 96ff; ULE, I vor § 42; HOLLAND, Diss., S. 24f; MÖRTEL, SchrSpeyer 13, 153ff; RUPP, AöR 85, 151.
Die Rechtsprechung hat die Möglichkeit einer Leistungsklage allerdings noch lange ignoriert, so z.B. BVwG v. 17.4.1959, DVBl. 1959, 582; v. 12.5.1961, DVBl. 1961, 735f; anders aber besonders BVwGE 14, 323.

Sie wird hergeleitet aus den Materialien zur VwGO, 9) aus der versteckten Erwähnung der Leistungsklage in §§ 43II, 111, 113III, 169II, 170, 191I VwGO 10) und aus der Generalklausel des § 40 VwGO; 11) schließlich wird darauf hingewiesen, daß auch für nicht auf VAe bezogene Leistungsbegehren Rechtsschutz gewährt werden müsse. 12) Ohne auf die Argumente im einzelnen einzugehen, 13) kann damit von einer umfassenden Zulässigkeit der Leistungsklage im Verwaltungsprozeß ausgegangen werden.

2.3 Umfassende Zulässigkeit der Leistungsklage

2.31 Allgemeines

Diese umfassende Zulässigkeit der Leistungsklage ist fast unbestritten; besondere Grenzen werden nicht gezogen, unzulässige Klagen scheitern an der Schranke des Rechtsschutzinteresses. 14) Eine Ausnahme bedeutet hier allerdings die Rechtsprechung des BAY.VGH. Diese Rechtsprechung beschränkt die

---

9) § 43 PräsE enthielt eine besondere Bestimmung über die Leistungsklage; § 40 EVwGO sah eine Aufzählung aller im Verwaltungsprozeß zulässigen Begehrensformen vor (Gestaltungs-, Feststellungs- und Leistungsklage), die nur aus der -unbegründeten- Furcht, die weitere Rechtsentwicklung zu hindern, vom Rechtsausschuß gestrichen wurde (BT-Drucks. 1094/III, S.5). Vgl. dazu LERCHE, Jschr II, S. 73; NAUMANN, Jschr II, S. 378f.

10) REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 96; MÖRTEL, SchrSpeyer 13, 153 u.a.

11) HOLLAND, Diss., S.24; kritisch: LERCHE, aaO.(Fn.9),73f.

12) BRÄUTIGAM, DÖV 1960, 367. - Für subordinationsrechtliche Klagen kann dafür Art. 19 IV GG herangezogen werden; dazu s.u. S.80 ff.

13) s. aber die folgenden Erörterungen.

14) s. z.B. BVwGE 14, 323 (328f).

andere Leistungsklage auf das Koordinationsverhältnis, 15) sie betrachtet außerdem die Verpflichtungsklage als einzige Leistungsklage im Subordinationsverhältnis und geht für die Verpflichtungsklage vom herkömmlichen, engen VA-Begriff aus. 16) Danach wäre eine auf andere AHen bezogene subordinationsrechtliche Leistungsklage ausgeschlossen. Die vom BAY. VGH vorgenommene Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Leistungsklagen ist erst später zu behandeln; 17) dagegen ist schon hier festzustellen, daß eine derart enge Umgrenzung des Rechtsschutzes im Subordinationsverhältnis durch die Argumente des VGH nicht gerechtfertigt wird. 18)

---

15) So vor allem BAY.VGH v. 20.10.1960, BayVBl. 1961, 58 (59); E 17, 106 (109); auch E 16, 110; ebenso SCHILLING, BayVBl. 1965, 119. - s. allerdings auch BAY.VGHE 16.61; 18, 38, dort handelt es sich wohl doch um subordinationsrechtliche Leistungsklagen. - Dabei wird (von den zuerst genannten Entscheidungen) offenbar ein materieller, durch das Fehlen einer Entscheidungsbefugnis charakterisierter Begriff der Koordination zugrundegelegt und nicht ein allein durch das Fehlen eines VAes bestimmter, weiterer formeller Begriff, denn aus diesem würde die vom VGH verneinte unbeschränkte Zulässigkeit der nicht auf VAe bezogenen Leistungsklage folgen. Vgl. BAY.VGH v. 20.10.1960, aa0.; E 17, 109 und u. S. 154, 159 ff.

16) BAY.VGH v. 20.10.1960, aa0., S. 58, und (ausdrücklich) E 17, 144

17) Dazu s.u. Abschnitt 4 (S. 65 ff).

18) Ausdrücklich gegen den BAY.VGH: LERCHE, Jschr. II, S. 76; OBERMAYER, in MANG u.a., S. 233.

2.32 Keine erweiterte Zulässigkeit gegenüber den VGG

Die hM über die umfassende Zulässigkeit der Leistungsklage bedeutet - trotz der gegenteiligen Auffassung des BAY.VGH 19) - keine Erweiterung des Rechtsschutzes gegenüber den VGG, denn zu diesen Gesetzen wurde entweder die Verpflichtungsklage auf alle subordinationsrechtlichen AHen bezogen 20) oder der Begriff der Parteistreitigkeiten (§ 85 I VGG) wurde formell interpretiert, 21) so daß er alle nicht auf VAe bezogenen Leistungsklagen umfaßte.

2.33 Wortlaut der VwGO

Aus dem Wortlaut von § 42 I VwGO läßt sich ebenfalls nichts entnehmen; 22) die weitere Erörterung wird zeigen, daß die VwGO keine Festlegung auf einen bestimmten VA-Begriff enthält.23)

2.34 Systematik der VwGO

Die systematische Stellung der Bestimmungen über die Klagearten im selben Abschnitt wie die Rechtswegvorschrift des § 40 VwGO mag den Schluß auf eine abschließende Regelung der Klagearten - und damit der subordinationsrechtlichen Gestaltungs- und Leistungsklage in § 42 VwGO - nahelegen. 24) Die Ausgestaltung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage spricht sogar entschei-

---

19) BayVBl. 1961, 59 1.

20) BACHOF, Vornahmeklage, S. 31; dazu s.u. S.66 ff.

21) HEGEL, DÖV 1965, 414 m.w.N. (in Fn. 22); MENGER, System, S. 220.

22) So aber BAY.VGH, aaO. (Fn. 19)

23) s.u. S.16 , 19 f.

24) BAY.VGH, aaO. (Fn. 19).

dend für eine derartige Systematik. 25) Diese systematische Auslegung ergibt aber nichts für einen bestimmten, engen VA-Begriff.

2.35 Art. 19 IV GG

Vielmehr führt diese Systematik, wenn sie mit einer engen Auslegung des VA-Begriffs verbunden wird, zu einer Begrenzung des Rechtsschutzes, wie sie weder mit der Entstehungsgeschichte der VwGO 26) noch - und das ist entscheidend - mit Art. 19 IV GG vereinbar ist. Die Bemerkung des BAY.VGH, Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (wohl vor allem § 42 II VwGO) schienen den Voraussetzungen des Art. 19 IV GG genau angepaßt zu sein, 27) ist bei der gleichzeitigen Beschränkung dieser Klagen auf VAe nicht zutreffend. Art. 19 IV GG stellt auf das Vorliegen einer Rechtsverletzung ab. 28) Nicht erforderlich ist, daß diese Rechtsverletzung auf einem VA beruht, einer "Regelung", die auf eine rechtliche Wirkung abzielt; 29) andererseits leuchtet es ohne weiteres ein, daß Rechtsverletzungen nicht nur durch solche VAe (oder deren Unterlassung) möglich sind.

2.36 Streitfrage, ob das tatsächliche Vorliegen eines VAes für die Zulässigkeit erforderlich ist

Die Streitfrage, ob als Zulässigkeitsvoraussetzung für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ein VA tatsächlich vorliegen oder begehrt werden muß oder ob die Behauptung genügt, es handle sich um einen VA, 30) ist als Argument gegen die Zulässigkeit von

---

25) Dazu s.u. Abschnitt 4.6 (S. 99 ff).

26) s.o. Fn. 9.

27) BAY.VGH v. 20.10.1960, BayVBl. 1961, 59; s.auch SCHILLING, BayVBl. 1965, 119 (bes. Fn. 67).

28) s. dazu genauer u. S. 83 ff.

29) vgl. u. S. 14 f.

30) s. dazu REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 9 m.w.N.

nicht VA-bezogenen subordinationsrechtlichen Leistungsklagen unergiebig. 31) Der Streit betrifft nur die Frage, ob das Vorliegen eines VAes bei der Zulässigkeit oder bei der Begründetheit dieser Klagetypen zu prüfen ist.
Auch die strengere hM ist der Suche nach anderen Klagetypen nicht enthoben, wenn sie das Vorliegen eines VAes verneint. 32)

2.37 § 42 II VwGO

Schließlich kann die Beschränkung der subordinationsrechtlichen Leistungsklage auch nicht mit der Behauptung begründet werden, § 42 II VwGO sei auf andere Klagen nicht anwendbar. 33) Eine genauere Betrachtung macht deutlich, daß diese Sachentscheidungsvoraussetzung alle subordinationsrechtlichen Streitigkeiten begrenzt. 34) Aber selbst die Gegner dieser Auffassung werden mit der auch auf andere subordinationsrechtliche Klagen anwendbaren allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses 35) unzulässige Klagen ausscheiden.

2.38 Ergebnis

Die Argumentation des BAY.VGH 36) kann also die hM, nach der der Bereich der Leistungsklage im Subordinations-

31) Anders BAY.VGH, aaO.(Fn. 27).

32) Ohnedies kann man eine Auffassung nicht mit der Begründung ablehnen, eine einen anderen Punkt betreffende Streitfrage könne ihre Bedeutung verlieren, wenn sich die abgelehnte Auffassung durchsetze.

33) So aber BAY.VGH v. 20.10.1960, aaO. (Fn. 15).

34) s.u. S. 102 ff.

35) WOLFF III, § 172 IIc; § 171 IIIc 5 (S.398,383).

36) Der BAY.VGH hat die Klage im Urteil vom 20.10.1960 (aaO.-Fn.15) im Ergebnis zutreffend als unzulässig abgewiesen; zwar wurde die Zulässigkeit einer auf andere AHen

verhältnis nicht auf den Klagetyp der Verpflichtungsklage (i.e.S.) beschränkt werden kann, nicht erschüttern.

Zu 36)
gerichteten Leistungsklage zu Unrecht verneint, aber im konkreten Fall fehlte der begehrten Maßnahme die Rechtserheblichkeit, es fehlte an der die subordinationsrechtliche Leistungsklage charakterisierenden AH (zu diesem Begriff s.u. S. 162 ff).

3. Der enge VA-Begriff als Anknüpfungspunkt für die Einteilung der Klagearten

3.1 Der enge VA-Begriff und Abgrenzung zur AH

Meist wird der Einteilung der Klagearten ein relativ enger VA-Begriff zugrundegelegt. 1) Dieser Begriff umfaßt "jede Maßnahme einer Verwaltungsbehörde, durch die ein Einzelfall nach Vorschriften des öffentlichen Rechts geregelt wird." 2) Die einzelnen Modifikationen dieses VA-Begriffs sind an dieser Stelle ebenso unerheblich wie die Mehrzahl der Abgrenzungsprobleme, etwa zwischen VA und fiskalischer Maßnahme 3) oder zwischen VA und Rechtssetzungsakt. 4) Wichtig ist hier das Merkmal, das den VA von der anderen AH unterscheidet. Für diese Abgrenzung benutzt die hM

---

1) vgl. o. S. 2

2) So ULE, § 42, IV 1a (S. 135); ähnlich - mit dem Merkmal der Regelung - die Definitionen der § 25 MRVO, § 23 VGG Berlin, § 27 EVwVfG und KOEHLER, § 42, A III 1, 2; KLINGER, § 42, E I 1; SCHUNCK-DE CLERCK, § 42, 2a (S. 204f); WOLFF I, § 46 I.

3) s. dazu z.B. EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 42ff; OBERMAYER, in MANG u.a., S. 168 jeweils m.w.N.

4) s. dazu z.B. EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 31ff; KLINGER, § 42, E II (S. 193f); OBERMAYER, aaO., S. 172f jeweils m.w.N. und u. S. 164 f.

das Merkmal der Regelung. 5) Sie bezeichnet als Regelung nur eine auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Maßnahme. 6) Weiter verlangt diese Auffassung - und leitet dies meist aus dem Erfordernis der Regelung ab 7) -, daß die Maßnahme (potentielle) Verbindlichkeit besitzt. 8) Einige Definitionen verwenden das Merkmal der unmittelbaren Rechtswirkung. Dieser Begriff wird oft ohne eine besondere, abweichende Bedeutung neben dem Begriff der Regelung gebraucht, 9) so daß auch hier die Absicht, rechtliche Wirkungen hervorzurufen, entscheidend ist. Für das Merkmal der unmittelbaren Rechtswirkung kann aber auch auf das Ergebnis der Maßnahme abgestellt werden, darauf, ob Rechte betroffen (vor allem auch be-

---

5) ULE, Verwaltungsprozeßrecht, S.113ff; WOLFF I, § 46 V; allerdings herrscht diese Auffassung nicht unangefochten, vielmehr wird dieses Merkmal auch oft übergangen, so z.B. wenn polizeiliche Realakte unter die VAe gerechnet werden (so KÖNIG, Art. 46ff PAG, I, S.433; SAMPER, Art. 47 PAG, 6; BVwG v. 9.2.1967, DVBl. 1967, 379, 380). Die Versuche, für die Qualifizierung dieser Maßnahmen als VA darauf abzustellen, ob den Realakten ein Duldungsbefehl unterlegt werden kann (so z.B. JELLINEK, S. 258; FORSTHOFF, S.191f; BVwG, aa0.), überzeugen nicht (vgl. GEIGER, Festschr. für den 45.DJT., S.65). - Vgl. auch u. S. 18 .

6) WOLFF I, § 46 Va; ebenso (ohne vom Begriff der Regelung auszugehen): OTTO MAYER I, S. 94; FLEINER, S. 183f; OBERMAYER, in MANG u.a., S. 169; dagegen: JESCH, Bindung, S. 19 Fn. 13; BERNER, in Mang I, S. 105.

7) WOLFF I, § 46 Va; ZEIDLER, Verh.44 DJT., Bd. I 2, S. 29.

8) FICHTMÜLLER, Diss., S.67f, 77; STERN, JuS 1965, 185; ULE, Verwaltungsprozeßrecht, S. 113ff; ZEIDLER, aa0., S.34, 39; BVwGE 14, 325 ff; vgl. auch schon § 85 I VGG.

9) vgl. z.B. ULE, aa0., S. 113; OBERMAYER, in MANG, u.a., S. 174, 169; WOLFF I, § 46 I, V (besonders c).

einträchtigt) werden. 10) Diese Ansicht verläßt allerdings den hier interessierenden engen VA-Begriff: sie umfaßt alle AHen. 11)

3.2 Argumente für den engen VA-Begriff als Gegenstand der Verpflichtungsklage

3.21 Allgemeines

Der eben gegenüber der anderen AH abgegrenzte VA-Begriff wird mit Argumenten von unterschiedlichem Gewicht als Anknüpfungspunkt für die Verpflichtungsklage und damit als Abgrenzungskriterium gegenüber der anderen Leistungsklage angesehen. Die Argumente für diesen Anknüpfungspunkt, aber auch die Kritik daran, müssen sich aus einer Auslegung des § 42 VwGO ergeben; die Darstellung folgt deshalb den einzelnen bei der Auslegung zu berücksichtigenden Gesichtspunkten. 12) Nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik wird vor allem der Zweck der Regelung, die Bedeutung des VA-Begriffs für die Verpflichtungsklage, erörtert.

3.22 Wortlaut

Der Wortlaut des § 42 VwGO läßt eine eindeutige Begriffsbestimmung nicht zu. Die VwGO enthält keine Definition des VAes. 13) Dieser Begriff kann seinem Wortsinn nach jede Verwaltungshandlung umfassen, 14) er ist auch nicht historisch auf bestimmte Verwaltungshandlungen festgelegt. 15)

10) So JESCH, Bindung, S. 19 Fn. 13; BERNER, in MANG I, S. 105; ähnlich MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 IV, 25 (S. 15f); LERCHE, DVBl. 1954, 628.

11) Zum Begriff der AH und der unmittelbaren Rechtswirkung als Merkmal dieses Begriffs s.u. S. 162 ff, 165 f.

12) vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 257-259.

13) Eine Definition enthält jetzt § 27 EVwVfG.

14) FORSTHOFF, S. 189.

15) dazu s. im folgenden.

3.23 Entstehungsgeschichte

3.231 Eine historische Deutung des VA-Begriffs müßte auf OTTO MAYER 16) zurückgehen und Wissenschaft, Rechtsprechung und Gesetzgebung zu diesem Begriff bis heute verfolgen. Weil diese Arbeit sich mit dem VA als Gegenstand der Verpflichtungsklage beschäftigt und die Entwicklung des Begriffs schon oft dargestellt wurde, 17) erscheint es gerechtfertigt, bei den ersten den Leistungsbegehren breiten Raum gebenden Verwaltungsprozeßgesetzen, also nach 1945, 18) zu beginnen.

3.232 § 35 I VGG bezeichnete als Gegenstand der Anfechtungsklage den VA, § 35 II nannte dagegen als Gegenstand der Verpflichtungsklage 19) die AH. 20). Die VGG enthielten keine Definitionen dieser Begriffe. Der AH-Begriff war umstritten. Einerseits wurde die Meinung vertreten, der Begriff der AH sei gleichbedeutend mit dem des VAes (i.e.S.); 21) auf der anderen

---

16) Bd. I, S. 92ff.

17) s. OBERMAYER, VA, S. 27ff; DERS., in MANG u.a., S. 167f; BACHOF, Vornahmeklage, S. 21.

18) vgl. o. S.6 f.

19) Meist wurde der Begriff "Vornahmeklage" verwandt: s. z.B. MENGER, System, S. 193ff; vgl. auch den Wortlaut von § 35 II VGG und § 24 MRVO.

20) vgl. auch §§ 42f des (o. Abschn. 2 Fn. 3 genannten) hamburgischen Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, das von "Klagen wegen Verweigerung einer AH" spricht.

21) EYERMANN-FRÖHLER, VGG, § 35, I 2b (S.120); BVwGE 2, 273 (274); BAY.VGHE 7, 71 (76); MENGER, Grundrechte III 2, S. 761.

Seite stand die aus §§ 35 II, 79 III und 85 I (bes. S. 2) VGG hergeleitete Auffassung, AHen seien alle die Verwaltungshandlungen, deren Ablehnung einen VA darstellen würde. 22)

3.233 Für die MRVO scheint die Lage klarer, gab es doch die bekannte VA-Definition des § 25 MRVO. Außerdem war die Vornahmeklage des § 24 MRVO auf den VA bezogen; § 75 III MRVO spricht allerdings auch von der AH, was man jedoch als Schönheitsfehler abtun könnte. Aber auch hier gab es eine an den Begriff der "sonstigen Maßnahme" (in § 25 MRVO) anknüpfende weite Auffassung, die auch nicht verbindliche Maßnahmen der schlichten Hoheitsverwaltung und "tatsächliche VAe" umfaßte. 23) Der Grenzbereich zwischen VA und anderer AH, besonders die Einordnung dieser "tatsächlichen VAe", war schon genauso umstritten wie heute. 24) Allerdings war für die VGG wie für die MRVO die engere Auffassung herrschend. 25)

---

22) BACHOF, Vornahmeklage, S. 31; DERS., JZ 1956, 342; SIEHOFF, Diss., S. 113; dazu s. u. S. 66 ff.

23) BACHOF, Vornahmeklage, S. 35. Anders: (allgemein) MENGER, System, S. 101; (bezgl. tatsächlicher Handlungen) OBERMAYER, VA, S. 69.

24) vgl. etwa die Streitfrage über die Einordnung der Auskunft (s.o. Abschn. 1.23 Fn. 12 und WOLFF I, § 45 IIa 3; ZEIDLER, Verh. 44 DJT., Bd. 12, S. 26ff, z.B. S. 30,36; ULE, § 42, IV 1d, S. 138, jeweils m.w.N.) oder des beamtenrechtlichen Befähigungsberichts (BVwGE 21, 127, 129; BAY.VGHE 11, 115, 116f - OVG HAMBURG v. 4.8.1954, DVBl. 1955, 131f; KLINGER, § 42, E I, S. 184).

25) s. Fn. 21 und 23.

3.234 Oft wird die Meinung vertreten, die VwGO habe den z.Z. ihrer Vorgänger herrschenden, engen VA-Begriff zugrundegelegt.26) Die Gesetzesmaterialien geben zu dieser Frage allerdings keine Auskunft. Es läßt sich nicht mehr feststellen, weshalb der Gesetzgeber keine eigene Definition in die VwGO aufgenommen hat. Dieses Schweigen des Gesetzgebers wird verschieden gedeutet, 27) teils als Ausdruck der Meinung, der VA-Begriff gehöre zum Verwaltungsverfahrensrecht und daher nicht in ein Prozeßgesetz, 28) teils als Folge der Auffassung, der Begriff sei genügend gefestigt und könne daher vorausgesetzt werden, 29) oder im Gegenteil: er sei noch zu wenig geklärt 30) und solle - wie z.B. die Klagearten 31) - freien Raum für seine weitere Entwicklung haben. 32) Keine dieser Vermutungen erscheint zwingend. Richtig erscheint die Folgerung, der Gesetzgeber habe einerseits keinen neuen Begriff einführen wollen, 33) sich aber andererseits auch nicht für eine bestimmte VA-Definition entschieden. 34) Das bestätigt die Begründung der Regierungsvorlage, die zwar von der auf VA bezogenen Verpflichtungsklage und der neben dieser stehenden umfassenden Leistungsklage spricht, 35) ohne allerdings auf den VA-Begriff einzugehen,

26) vgl. HEGEL, DÖV 1965, 415 m.w.N.; ULE, § 42, IV 1a.

27) vgl. FICHTMÜLLER, Diss., 52f.

28) KLINGER, § 42, E II (S.179); Begr.zu § 27 EVwVfG, S.135.

29) HAUEISEN, DÖV 1961, 122.

30) MENGER, VwArch 51, 375 Fn. 6.

31) vgl. o. 2.2 Fn. 9.

32) Ähnlich BRÄUTIGAM, DÖV 1960,365; MÖRTEL, SchrSpeyer 13, 152.

33) FICHTMÜLLER, Diss., S. 53.

34) FICHTMÜLLER, Diss., S. 52f.

35) Begr. zu (dem später gestrichenen) § 40 EVwGO, BT-Drucks. 55/III, S. 31.

die aber die Leistungsanträge in § 113 I2 und III VwGO als "Verpflichtungsklagen" bezeichnet, 36) obwohl mit diesen Anträgen regelmäßig andere AH begehrt werden. 37) Hier scheint die Begründung sogar von einem weiten VA-Begriff auszugehen. Deshalb ist auch die Behauptung nicht überzeugend, der Gesetzgeber habe sich mit der Formulierung der Definition der Verpflichtungsklage als einer auf "Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen VAes" (§ 42 I VwGO) gerichteten Klage bewußt für die Regelung der MRVO und gegen die auf den Erlaß einer AH abzielende Regelung der VGG entschieden.38) Dagegen spricht neben den eben genannten Gründen der "Lapsus" in § 113 IV VwGO: die Verwendung des Wortes AH in dieser Bestimmung und die Begründung dazu. 39)

3.24 Systematik der VwGO I

3.241 Betrachtet man die Vorschriften der VwGO über die Verpflichtungsklage im Zusammenhang, dann trifft man noch öfter auf den VA-Begriff (§§ 68 II, 74 II, 75, 76, 78 VwGO),40) ohne daß seine Verwendung in diesen §§ für die Auslegung nutzbar gemacht werden könnte.

3.242 Auch aus den wenigen und zufällig anmutenden Vorschriften über die Leistungsklage (§§ 43 II, III, 113 III, 169 II, 170, 191 I VwGO) ergibt sich nichts über den VA-Begriff. Diese

---

36) Begr. zu § 114 EVwGO, BT-Drucks. 55/III, S. 43.

37) vgl. zum Streit um die Folgenbeseitigungsklage u.S. 159 .

38) So aber HEGEL, JZ 1963, 17; DÖV 1965, 415.

39) Dazu s.u. S. 68 ff.

40) Auf diese Bestimmungen verweisen SCHÄFER, DVBl. 1960, 838f; RUPP, AöR 85, 306f; ULE, § 113, II (S.385) und HEGEL, JZ 1963, 16 im Kampf mit der den Bereich der Verpflichtungsklage ausdehnenden Gegenmeinung.

Vorschriften geben keinen Anhaltspunkt für eine bestimmte, etwa einen Teil der subordinationsrechtlichen AHen miteinschließende, Umgrenzung eines besonderen Klagetyps (der anderen Leistungsklage), 41) sie ermöglichen daher auch keine negative Bestimmung des VA-Begriffs.

3.243 Zwar zeigt § 113 III VwGO, daß die VwGO auch subordinationsrechtliche Leistungsklagen kennt. Aber die Tatsache, daß hier kein besonderes Vorverfahren erforderlich ist, läßt sich einfach damit erklären, daß schon ein auf den die Leistung ablehnenden VA bezogene Vorverfahren notwendig ist und ein weiteres daher nutzlos wäre. Eine allgemeine Entscheidung des Gesetzgebers für eine Ausklammerung solcher subordinationsrechtlicher Klagen aus dem Bereich der Verpflichtungsklage 42) und damit für einen engen VA-Begriff als Bezugspunkt der Verpflichtungsklage kann der Regelung des § 113 III VwGO deshalb nicht entnommen werden. 43)

3.244 Auch § 191 I VwGO, der u.a. für alle beamtenrechtlichen Leistungsklagen die Anwendung der §§ 68 ff VwGO anordnet, ergibt keinen Beweis für einen engen VA-Begriff. 44) Allerdings hätte diese Bestimmung bei einem weiten VA-Begriff vor allem deklaratorischen Charakter, sie könnte nur für koordinationsrechtliche Leistungsklagen konstitutive Bedeutung haben. Abgesehen davon, daß eine solche Auslegung des § 191 I VwGO nicht ausgeschlossen erscheint, wäre es sehr fragwürdig, eine Nebenbestimmung wie § 191 I VwGO als wichtiges Argument für

---

41) BRÄUTIGAM, DÖV 1960, 366.

42) So aber RUPP, AöR 85, 306.

43) Dagegen spricht auch die o. (bei Fn. 36) erwähnte Begr. zu § 114 EVwGO.

44) So aber RUPP, AöR 85, 306f.

die Auslegung einer der grundlegenden Vorschriften der VwGO (des § 42) zu verwenden. 45)

3.245 Schließlich ist bei der systematischen Auslegung die Vorschrift über den Tenor der der Verpflichtungsklage stattgebenden Entscheidung zu beachten: § 113 IV VwGO nennt die materiellen Voraussetzungen und die Formel des Urteils und spricht dabei einmal vom VA und dann von der Verpflichtung, die AH vorzunehmen. Diese Verwendung des AH-Begriffs wird einerseits nur als sprachlich gebotener Wechsel zwischen gleichbedeutenden Begriffen, 46) als Ungereimtheit und Rückfall in einen alten Sprachgebrauch 47) angesehen, dem keine Bedeutung zukomme. Andere betrachten sie als Ausgangspunkt für die Auffassung, daß nicht nur der VA Gegenstand der Verpflichtungsklage sein könne. 48) Hier ist zunächst festzustellen, daß § 113 IV VwGO in seiner Bedeutung der Bestimmung des § 42 VwGO nicht wesentlich nachsteht und daß § 113 IV VwGO daher im Rahmen der systematischen Auslegung des für die Umgrenzung der Verpflichtungsklage entscheidenden VA-Begriffs nicht beiseite geschoben werden kann. 49) Die Unklarheit des § 113 IV VwGO

---

45) vgl. u. Fn. 49.

46) HEGEL, DÖV 1965, 415; MÖRTEL, SchrSpeyer 13, 152; SCHÄFER, DVBl. 1960, 838.

47) RUPP, AöR 85, 307.

48) BETTERMANN, NJW 1960, 650; s. dazu u. S. 66 ff.

49) vgl. SCHUNCK-DE CLERCK, § 113, 1b; a.M. HEGEL, DÖV 1965, 415, der die Heranziehung der angeblich minder bedeutsamen, nur die Fassung des Urteilstenors betreffende Vorschrift zu Unrecht ablehnt. Bei der systematischen Auslegung, die die einzelnen Rechtssätze in ihrer Beziehung zueinander im Rahmen der gesamten, einheitlichen Regelung erforscht (vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 245), ist allerdings das Gewicht des einzelnen Rechtssatzes als Bestandteil der ganzen Regelung zu berücksichtigen. Aber HEGEL verkennt die Bedeutung des

ist deshalb durchaus als Argument gegen die Anknüpfung an den (engen) VA-Begriff zu verwenden. Allerdings läßt sich aus dieser Bestimmung auch kein sicherer positiver Auslegungsgesichtspunkt entnehmen, denn der Begriff der AH ist von seinem Wortsinn und seiner Geschichte 50) her ebenso vieldeutig und ungeklärt wie der des VA; das zeigen auch die schon erwähnten Kontroversen zum AH-Begriff in den Vorläufern der VwGO. 51)

3.25 Systematik der VwGO II: Der enge VA-Begriff bei der Anfechtungsklage

3.251 Aus dem Zusammenhang der Regelung über Anfechtungs- und Verpflichtungsklage wird gefolgert, beide Klagearten seien nah verwandt. Verpflichtungsklage und Anfechtungsklage müßten sich daher auf den gleichen VA-Begriff beziehen. Anknüpfungspunkt für beide Klagearten sei der enge VA-Begriff, denn Gegenstand der Anfechtungsklage könne nur ein VA i.e.S. sein. 52)

3.252 Für die Gleichbehandlung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage spricht in der Tat die gemeinsame Regelung beider Klagearten: die Verwendung des VA-Begriffs für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in § 42 I VwGO, die einheitliche Regelung des

Zu 49) § 113 IV VwGO. § 42 und § 113 IV sind als Vorschriften über Zulässigkeit und Begründetheit der Verpflichtungsklage Parallelbestimmungen (vgl. KOEHLER, § 113, A 1; Begr. zu § 41 EVwGO, BT-Drucks. 55/III, S. 32). Außerdem beziehen sich die Definition der Verpflichtungsklage und ebensosehr die Urteilsformel auf die begehrte Maßnahme, durch die der Streitgegenstand mitbestimmt wird. - Ein Beispiel einer für die Regelung der Verpflichtungsklage verhältnismäßig unbedeutenden Vorschrift enthält dagegen § 191 I VwGO, so daß ein Schluß von dieser Bestimmung auf § 42 VwGO Zweifeln begegnete (vgl. o. bei Fn. 45).

50) Dazu s. u. S. 66 ff.

51) s. o. S. 17 f.

52) So HEGEL, JZ 1963, 17; ähnlich BRÄUTIGAM, DÖV 1960, 365-367, 368 1.

Rechtsschutzbedürfnisses in § 42 II VwGO, 53) der ganze 8. Abschnitt mit gemeinsamen Vorschriften für beide Klagearten und schließlich die Ähnlichkeit der Vorschriften über den Urteilsgegenstand in § 113 I und IV VwGO. 54)

Allerdings läßt sich aus der (zutreffenden) Auffassung, das Urteil auf eine Versagungsgegenklage enthalte zugleich die Aufhebung des ablehnenden Bescheids, für die Ähnlichkeit beider Klagen wenig gewinnen. 55) Die Versagungsgegenklage ist insoweit als Mischgebilde anzusprechen. 56) Unterschiede zwischen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ergeben sich aus ihrer verschiedenen Einordnung in die Begehrensformen der Gestaltungs- und der Leistungsklage. 57) Diese Unterschiede sind nicht unwesentlich, die engere Verbindung beider Klagen in früheren Gesetzen 58) ist deshalb zu Recht nicht in die VwGO übernommen worden.

---

53) Im Gegensatz zur früheren Regelung in § 23 und § 24 MRVO; vgl. dazu auch RUPP, AöR 85, 310.

54) So besonders RUPP, AöR 85, 305ff; außerdem HEGEL, JZ 1963, 17; FICHTMÜLLER, Diss., S. 81.

55) a.A. RUPP, AöR 85, 307.

56) EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 10; BACHOF, VerfR. II, S. 217f. - Nach ULE, § 113, II (S. 384); BRÜCK, NJW 1960, 2274; enthält das Verpflichtungsurteil neben der Verpflichtung zum Erlaß des VAes lediglich die Verurteilung zur Aufhebung des entgegenstehenden VAes. Diese (wegen mangelnder Praktikabilität abzulehnende) Deutung der Versagungsgegenklage würde den Unterschied von Verpflichtungs- und Anfechtungsklage besonders stark zum Ausdruck bringen.

57) BRÄUTIGAM, DÖV 1960, 368.

58) vgl. besonders §§ 35 I, II VGG; 15 I, II VGGRhPf; wo die Verpflichtungsklage als Unterfall der Anfechtungsklage behandelt wird; anders dagegen §§ 22-24 MRVO.

Die Bedeutung dieser unterschiedlichen Einordnung darf jedoch nicht überschätzt werden. Das zeigen die oben genannten systematischen Argumente; außerdem dienen beide Klagen vor allem 59) der Verwirklichung der Rechte des Bürgers gegenüber der hoheitlich handelnden Behörde: Ob er mit der Anfechtungs- oder mit der Verpflichtungsklage vorgehen muß, richtet sich nur danach, ob die Behörde schon tätig geworden ist oder nicht. Trotz der unterschiedlichen Qualifizierung muß man deshalb davon ausgehen, daß beide Klagearten auf den gleichen Bereich des Verwaltungshandelns, auf den gleichen VA-Begriff 60) bezogen sind. 61)

3.253 Nach einer verbreiteten Meinung können nur VAe i.e.S., also auf Rechtsfolgen gerichtete Maßnahmen (Regelungen) Gegenstand von Anfechtungsklagen sein, weil denkgesetzlich nur diese Regelungen aufgehoben und durch Widerspruch und Klageerhebung aufgeschoben werden könnten. 62)

59) Über das Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeit s.u.S. 85 . - Selbst wenn man von der Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeht, kann man keinen wesentlichen Unterschied zwischen den Klagearten konstruieren.

60) Die Frage nach dem richtigen Anknüpfungspunkt bleibt hier zunächst offen.

61) vgl. BACHOF, VerfR.I, S.203; VerfR.II, S.217f; in anderem Zusammenhang:MARTENS, DÖV 1964, 366; BAD.-WÜ.VGH, ESVGH 14, 158 (159); a.M. -den Unterschied der Klagearten betonend- BRÜCK, NJW 1960,2273f; CZERMAK, NJW 1962, 776ff.

62) RUPP,DVBl.1958,117f; AöR 85,303; ihm folgend: FICHT-MÜLLER, Diss., S.68f, 72; JuS 1965, 354; HEGEL, JZ 1963, 17; DÖV 1965,416; ebenso auch BETTERMANN, NJW 1960, 450. - Für die aufschiebende Wirkung gilt hier grundsätzlich nichts anderes als für die Aufhebung, im folgenden wird daher vereinfachend meist nur von der Aufhebung gesprochen.

Aufhebbar seien wie im Zivilrecht nur Äußerungen innerer Denkvorgänge, die einen oder mehrere Adressaten im Bereich der Motivation ansprechen sollen, indem sie für ihn ein "Sollen, Müssen, Dürfen oder Können" festlegen. Als Beispiel wird ein Rundschreiben mit geschäftsschädigenden Äußerungen angeführt; nur dessen Existenz beeinträchtige den Kläger, mit einer Aufhebung könne das Rundschreiben nicht aus der Welt geschafft werden. 63)

Gerade dieses Beispiel zeigt aber, daß nicht nur VAe anfechtbar (aufhebbar) sind. 64) Ein großer Teil der Rechtswirkungen des Rundschreibens würde schon mit der Aufhebung wegfallen; die Adressaten könnten ihre Maßnahmen nicht mehr auf das Rundschreiben stützen. Ebenso ist es z.B. bei einem Untersuchungsbericht, schon die Aufhebung würde eine weitere Verwendung des Berichts etwa in einem Zivilprozeß ausschließen. Die Gerichte sind deshalb auch nicht bei dem engen Begriff der Anfechtbarkeit stehen geblieben. Sie haben als Gegenstand der Anfechtungsklage nicht nur auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Verwaltungshandlungen, sondern auch andere AHen zugelassen 65) wie sie auch in anderen Punkten bei der Auslegung des VA-Begriffs großzügig verfahren

---

63) RUPP, DVBl. 1958, 117f; dagegen: SCHWEICKHARDT, DÖV 1965, 799.

64) Für eine Aufhebungsklage auch bzgl. anderer AH: MÖRTEL, SchrSpeyer 13, 154f; SCHWEICKHARDT, DÖV 1965, 802; WENDT, DÖV 1963, 92; v. GAMM, NJW 1957, 1056f; vgl. auch KLINGER, vor § 42f (S. 154); für einen Sonderfall (Erlaßbehörde existiert nicht mehr) auch RAUTENBERG-VOIGT, DÖV 1964, 211r.

65) So das OVG LÜNEBURG, OVGE 16, 442 (451ff), das im Prozeß um einen Untersuchungsbericht des Luftfahrtbundesamts eine "Quasianfechtungsklage" für zulässig hielt -vgl. hierzu aber die aufhebende Revisionsentscheidung: BVwGE 14,323 (327)-; ähnlich OVG LÜNEBURG v. 6.7.1960, NJW 1961,

sind, 66) indem sie z.B. nicht auf den Inhalt der Maßnahme, sondern auf deren Form und den in ihr zum Ausdruck gebrachten Willen der Behörde, einen VA zu erlassen, abgestellt 67) und Klagen gegen nichtige VAe entschieden haben. 68)

Die bisher genannten Beispiele stehen dem VA-Begriff verhältnismäßig nahe. Aber auch Realakte sind von den anfechtbaren Maßnahmen nicht ausgeschlossen. Das zeigen schon die ausführliche Regelung für solche Maßnahmen in § 80 VwGO 69) und die Bestimmung des § 113 I 4 VwGO. Eine Aufhebung des Realakts

Zu 65) 936 (aufschiebende Wirkung einer Klage gegen eine innerdienstliche Weisung, die das OVG allerdings als VA bezeichnet); in einem obiter dictum erwägt auch der BAY.VGH v. 20.7.1961, VRspr. 13, 963 (974) die Möglichkeit einer Anfechtungsklage gegen Nicht-VAe. Vgl. auch die Rechtsprechung zu den "Kommunalverfassungsstreitigkeiten" (diese werden oft als Anfechtungsklage-ähnlich bezeichnet): OVG LÜNEBURG, OVGE 2, 225 (232f); U v. 11.10.1960, DÖV 1961, 548; vgl. KELLNER, JurJahrbuch 1964/65, S. 95.

66) BVwGE 18, 154 (155).

67) BVwGE 16, 127; BAY. VGHE 17, 144; vgl. auch (offen lassend, ob der Schein der Verbindlichkeit genügt:) BVwGE 14, 327; und auch BVwG v. 18.6.1962, DÖV 1962, 907; BVwGE 18, 1 (5), 154 (155); BVwG v. 31.8.1960, DÖV 1961, 148f; BVwGE 17, 242.

68) Die Zulässigkeit dieser Anfechtungsklagen folgt schon aus § 43 II VwGO. Vgl. z.B. VGH MANNHEIM v.18.5.1960, VRspr. 13,236; BVwGE 18, 155; EYERMANN-FRÖHLER, § 43, 18.

69) Für die aufschiebende Wirkung scheidet eine große Gruppe von Realakten -die unaufschiebbaren Maßnahmen der Polizeivollzugsbeamten- kraft Gesetzes zunächst aus (§ 80 II Nr. 2 VwGO); aber auch für diese kann die Vollziehung von der Widerspruchsbehörde ausgesetzt oder die aufschiebende Wirkung vom Gericht angeordnet werden (§ 80 IV, V VwGO); bei schon voll-

ist möglich bei fortgesetzten Maßnahmen in Bezug auf den noch nicht vollzogenen Teil dieser Maßnahme. Die Aufhebung wird hier eine Beendigung der Handlung bewirken. Bereits vollzogene Realakte werden durch einen Aufhebungsausspruch in ihrer Wirkung nicht berührt: sie können in der Tat nicht aufgehoben werden, aber darin liegt kein Unterschied zu anderen Maßnahmen, die schon vollzogen sind.

Die These, nur auf Rechtsfolgen abzielende Maßnahmen seien aufhebbar, erscheint daher zu weit gefaßt. Sie geht von einem zu engen Begriff der Aufhebbarkeit aus. Als Aufhebung kann man die Erklärung (einer dazu ermächtigten Stelle, einer Behörde oder eines Gerichts) bezeichnen, daß eine frühere Maßnahme von Anfang an oder vom Zeitpunkt dieser Erklärung an 70) rechtswidrig war oder ist und künftig als unwirksam zu behandeln ist. 71) Auch ungezielte Maßnahmen mit unmittelbarer Rechtswirkung sind in diesem Sinne aufhebbar, z.B. verlieren Berichte, Auskünfte o.ä. und auch Realakte zumindest einen Teil ihrer Wirkungen schon durch die Aufhebungserklärung.

3.254 Die Ablehnung der Anfechtungsklage im Bereich der nicht auf einen rechtlichen Erfolg abzielenden Maßnahmen beruht wohl weniger auf logischen Erwägungen als auf der Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses für derartige Klagen: die Frage, ob solche Klagen erhoben werden können, scheint mit der

---

Zu 69) zogenen Maßnahmen kann die Aufhebung, d.i. die Rückgängigmachung, der Vollziehung angeordnet werden (§ 80 V 3 VwGO; EYERMANN-FRÖHLER, § 80, 42ff; REDEKER-VON OERTZEN, § 80, 39, 47). Die aufschiebende Wirkung ist also auch hier nicht "begrifflich" ausgeschlossen. Nur gegen vollzogene Maßnahmen bewirkt die aufschiebende Wirkung allein nichts.

70) Zum maßgeblichen Zeitpunkt s.EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 2,4.

71) vgl. auch BACHOF, Vornahmeklage, S. 113, der einer rückwirkenden Aufhebung von VAen als der Feststellung,

Frage vermengt, ob diese Klagen erforderlich sind. Hier wird auf die Möglichkeit der Leistungsklage verwiesen, 72) etwa auf die Klage auf Widerruf von geschäftsschädigenden oder beleidigenden Äußerungen, auf Unterlassung der weiteren Verbreitung oder allgemein auf Rückgängigmachung der AH. Die Besonderheit dieser Klagen liegt darin, daß eine Aufhebung nicht alle Wirkungen der Maßnahme beseitigen kann, daß der Betroffene außerdem an einem ausdrücklichen Widerruf durch die handelnde Behörde interessiert sein kann. Diese Besonderheit charakterisiert aber nicht allein die andere AH, sie kann auch dem VA anhaften, z.B. einem VA, der ehrverletzende Äußerungen enthält. Die zusätzliche Möglichkeit einer Leistungsklage schließt eine Anfechtungsklage in allen diesen Fällen grundsätzlich nicht aus: 73) Beide Klagen können sogar miteinander verbunden werden (§ 113 III VwGO). Allerdings kann im Einzelfall das Rechtsschutzbedürfnis für eine der beiden Klagen fehlen; generell ausgeschlossen wird durch die Anfechtungsklage lediglich eine Leistungsklage auf Rückgängigmachung der (anfechtbaren) AH selbst. Auch für die Klage gem. § 113 I 4 VwGO (neben der Leistungsklage) kann das Rechtsschutzbedürfnis nicht allgemein verneint werden.

Dieser weite Bereich der Anfechtungsklage folgt aus Art. 19 IV GG, vor allem aus dem in dieser Bestimmung garantierten Recht auf effektiven Rechtsschutz. 74) Eine Aufhebung

---

Zu 71) daß der VA von Anfang an rechtswidrig war, zunächst eine verhältnismäßig geringe Bedeutung beimißt, damit aber einen offenbar nicht nur auf Realakte bezogenen Begriff der Aufhebung gewinnt (a.M. FICHTMÜLLER, Diss., S.69).

72) RUPP, DVBl. 1958, 118; HEGEL, DÖV 1965, 416.

73) vgl. für das Verhältnis Anfechtungs-/Verpflichtungsklage: EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 10.

74) vgl. KELLNER, Juristenjahrbuch 1964/65, S.94f; 110f; 113f und u. S. 86 ff.

durch das Gericht ist oft wirksamer als die Verurteilung zum Widerruf (Zurücknahme oder Beseitigung) 75) durch die Verwaltung.76) Auch der vorläufige Rechtsschutz ist bei der Anfechtungsklage erheblich günstiger geregelt als bei der Verpflichtungsklage oder der Leistungsklage (vgl. §§ 80 und 123 VwGO). 77) Für schon vollzo-

75) Die Terminologie folgt hier WOLFF I, § 53 Ic 1, 2 (S.314).

76) So ist z.B. das Urteil mit seiner Rechtskraft wirksam, während die Widerrufserklärung der Behörde erst gem. § 172 VwGO vollstreckt werden muß; § 894 ZPO ist hier wegen der grundsätzlichen Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Zivilprozeß nicht anwendbar (KELLNER, aaO., S. 112; a.A. -ohne Begründung- RUPP, AöR 85, 336; BACHOF, Vornahmeklage, S. 163), denn die Verwaltungsgerichte sind bei unmittelbaren Eingriffen in das Verwaltungshandeln grundsätzlich auf kassatorische Entscheidungen beschränkt (vgl. EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 33, 52). Vgl. auch u. S. 127 ff.

77) KELLNER, JurJahrbuch 1964/65, S. 112; MENGER, VwArch. 54, 199; REDEKER-VON OERTZEN, § 123, 1; dagegen verkennt NAUMANN, Jschr. II, S.378, die Bedeutung des Unterschieds. Besonders wichtig ist, daß die einstweilige Anordnung -im Gegensatz zur aufschiebenden Wirkung- einen besonderen Antrag und weitere erschwerte Voraussetzungen (Glaubhaftmachung von Anspruch und Gefahr für dessen Verwirklichung, §§ 123 III VwGO, 920 ZPO) erfordert und daß dem Antragsteller bei erfolgloser Klage eine Schadenersatzpflicht droht (§§ 123 III VwGO, 945 ZPO). Vor allem die drohende Schadenersatzpflicht ist mit dem Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar, sie paßt nur ins Koordinationsverhältnis, in dem der Kläger regelmäßig als Angreifer auftritt, nicht aber in Subordinationsverhältnis, in dem er eine Abwehrstellung einnimmt. Vgl. u. S.88 f.

gene AHen gewährt nur die Klage gem. § 113 I 4 VwGO ausreichenden Rechtsschutz, 78) denn die Feststellungsklage gem. § 43 VwGO betrifft nur die Feststellung der Nichtigkeit von VAen, die Feststellung der Rechtswidrigkeit ist schon wegen des Wortlauts ausgeschlossen, 79) auch wenn man von einem umfassenden VA-Begriff ausgeht. Daß hier eine Klagemöglichkeit erforderlich ist, zeigen schon die möglichen Rechtsbeeinträchtigungen durch polizeiliche Maßnahmen. 80)

78) GEIGER, Festschr. für den 45. DJT., S.76ff; BVwG v.9.2. 1967, DVBl. 1967, 379 (382). -
Die Klage gem. § 113 I 4 VwGO ist nach hM auch bei Erledigung vor Klageerhebung zulässig; s.EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 51 m.w.N. -
Die Vollziehung von Realakten ist ein Fall einer "anderen Erledigung" i.S. des § 113 I 4 VwGO. Die Möglichkeiten des § 113 I 2, 3 VwGO stehen dieser Auffassung nicht entgegen (für die Anwendung des § 113 I 4 allgemein: KOEHLER, § 113, D II 4 mit Hinweis auf BVwG v. 9.7.1956, DÖV 1956, 728; einengend: EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 39; dagegen: SCHUNCK-DE CLERCK, § 113, 2c (S.496), allerdings im Gegensatz zu § 43, 5b). -
GEIGER, aaO., S.76f, hält die Klage aus § 113 I 4 VwGO auch für effektiver als die Feststellungsklage des § 43 VwGO, weil er mit guten Gründen für die Klage gem. § 113 I 4 das Erfordernis eines besonderen Feststellungsinteresses ablehnt; vgl. auch die unterschiedlichen Anforderungen daran bei OBERMAYER, in MANG u.a., S. 235, 234; a.M. (für Gleichbehandlung) EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 41; REDEKER-VON OERTZEN, § 113, 13; ganz hM.

79) ULE, § 43, I 2c (S.174); OBERMAYER, in MANG u.a., S. 233.

80) GEIGER, aaO. (Fn. 78); BVwG v. 9.2.1967, aaO. (Fn. 78); vgl. allerdings o. Fn. 5.

3.255 Die Beschränkung der Anfechtungsklage auf VAe i.e.S. läßt sich auch nicht auf das Prinzip der Gewaltentrennung stützen. 81) Dieser Grundsatz ist zwar in Art. 20 II 2 GG verankert, aber nicht uneingeschränkt: Die Stellung der Rechtsprechung ist über die der anderen Gewalten herausgehoben. Für das Verhältnis von Rechtsprechung und Verwaltung wird dies durch Art. 19 IV GG bestätigt. Soweit gem. Art. 19 IV GG Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt gewährt werden muß, kann das nicht mit der Berufung auf den Gewaltentrennungsgrundsatz verhindert werden. 82) Das gilt auch hier, denn der in Art. 19 IV GG garantierte Rechtsschutz ist nicht allein auf Maßnahmen mit VA-Charakter bezogen. 83)

3.256 Die Systematik der VwGO läßt sich danach für eine enge Auslegung des VA-Begriffs nicht anführen. Vor allem ergeben sich weder aus einzelnen Vorschriften über Verpflichtungs-

---

81) So aber anscheinend BVwGE 14, 327 (ähnlich BRÄUTIGAM, DÖV 1960, 365f): Der mit der Aufhebung von Verwaltungsmaßnahmen verbundene tiefe Eingriff in die Verwaltung sei nur in Bezug auf VAe gerechtfertigt, weil nur diese rechtskräftig zu werden drohten. Dagegen ist zu sagen, daß auch die drohende Unanfechtbarkeit eine Aufhebungsklage nicht erfordert, denn diese Gefahr konnte ebensogut mit einer fristgerechten Leistungs- (Verpflichtungsklage) gebannt werden. Die Begründung des BVwG trifft damit nicht nur die "unverbindlichen" anderen AHen. Zur Verbindlichkeit s.u.S. 39 ff.

82) JESCH, Bindung, S. 119f; RUPP, DVBl. 1958, 118; ähnlich BETTERMANN, DVBl. 1952, 312; DVBl. 1965, 886, und Vorlagebeschluß des 3. Zivilsenats des BGH. wiedergegeben in BGHZ 34, 99 (100).

83) Dazu s. u. S. 83 f.

oder Leistungsklage noch aus der Ausgestaltung der Anfechtungsklage Argumente für diese Auffassung. Dagegen lassen schon diese systematischen Erörterungen Gesichtspunkte für die unten 84) zu behandelnde Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Klagen erkennen.

3.26 Teleologische Auslegung: Die Bedeutung des VAes für die Verpflichtungsklage

3.261 Nachdem bisher Argumente aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik erörtert wurden, ist jetzt das teleologische Argument zu behandeln: die Frage nach dem Zweck des VA-Begriffs als Gegenstand der Bestimmungen über die Verpflichtungsklage. Fest steht, daß der VA-Begriff in § 42 I VwGO den Sinn hat, die Verpflichtungsklage in ihrem Umfang zu beschränken und sie von anderen Klagen abzugrenzen. 85) Fraglich ist dagegen, ob sich aus der Funktion des VA-Begriffs eine bestimmte Auslegung ergibt: vor allem, ob für die Umgrenzung der Verpflichtungsklage der enge VA-Begriff eine derart in sich abgeschlossene, besondere Gruppe von AHen umfaßt, daß sie als Gegenstand eines Verwaltungsprozesses eine besondere verfahrensrechtliche Behandlung erfordert.

3.262 Im folgenden ist deshalb zu erörtern, worin die besondere Bedeutung eines engen VA-Begriffs liegt. Dabei stehen materiell-rechtliche Gesichtspunkte zunächst im Mittelpunkt der Erörterungen, weil die Prozeßgesetze nur der Durchsetzung des materiellen Rechts dienen sollen und man deshalb davon ausgehen kann, daß die Begriffe dieser Gesetze in Beziehung zu den ma-

84) S. 75 ff.

85) Diese Abgrenzungsfunktion wäre nicht gegeben, wenn der VA-Begriff nur als Beispiel für den Umfang des Klagetyps zu sehen wäre, wofür es aber (auch in der Begr.zu § 41 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.31f) keinen Anhaltspunkt gibt. Vielmehr weist der Wortlaut des § 42 I VwGO auf mit dem VA-Begriff abschließend formulierte Definitionen für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage hin.

teriell-rechtlichen Begriffen stehen, 86) daß Abweichungen deshalb nur anzunehmen sind, wenn sie aus den Prozeßgesetzen und deren Zwecken deutlich werden. Deshalb ist zunächst die Bedeutung eines engen VA-Begriffs für die Verwaltung einerseits und die Rechte des Bürgers andererseits zu behandeln: das traditionell dem VA-Begriff beigemessene Gewicht, seine Funktion im Verwaltungsverfahren und seine Stellung im System der Verwaltungshandlungen. Danach ist auf die Ausgestaltung der (Leistungs-) Klageformen in der VwGO einzugehen und zu prüfen, ob diese Anhaltspunkte für oder gegen die Verwendung des engen VA-Begriffs als Gegenstand einer bestimmten Klageform bietet. Dabei kann die besondere Bedeutung des VAes gegenüber der anderen AH nicht mit allgemeinen Behauptungen bewiesen werden; es genügt z.B. nicht, darauf hinzuweisen, daß der VA sowohl dem Bedürfnis nach wirksamem Rechtsschutz als auch der Forderung nach Erhaltung der Verwaltungseffizienz in ausgewogener Weise gerecht werde. 87) Vielmehr sind die teleologischen Argumente für den VA im einzelnen zu untersuchen.

3.263 Zu beginnen ist mit einem Gesichtspunkt, der in diesem Zusammenhang meist nicht erwähnt wird, der aber trotzdem nicht ohne Bedeutung ist. OTTO MAYER maß dem VA einen besonderen Rechtswert zu, der nicht allein aus dem Gesetz, sondern auch aus der vom Gesetz unabhängigen Autorität der Staatsverwaltung hergeleitet wird. 88) Das wird z.B. in seiner Feststellung deutlich, daß die Obrigkeit die Rechtmäßigkeit des VAes selbst bezeuge und ihm damit seine besondere Wirksamkeit verschaffe: 89) Diese zeige

---

86) vgl. FICHTMÜLLER, Diss., S. 71.

87) So BVwGE 19, 21; auch die bloße Aufzählung der Vorteile (vgl. HOLLAND, Diss., S.33, 35; FICHTMÜLLER, Diss., S. 67f) genügt nicht.

88) OTTO MAYER I, S. 95f, 97.

89) OTTO MAYER I, S. 95f.

sich darin, daß (rechtswidrige) VAe regelmäßig nur vernichtbar, nicht aber unwirksam seien. 90) Diese Auffassung wird mit geringen Modifikationen bis heute vertreten. 91) Sie trägt dazu bei, daß der VA und ein bestimmter VA-Begriff oft als sakrosankt angesehen werden. 92) Mit Recht ist diese Auffassung scharf kritisiert worden, sie entspricht der Verfassungsordnung der konstitutionellen Monarchie. 93) Im demokratischen Rechtsstaat kann der Rechtswert aller Verwaltungsmaßnahmen nur auf der Legitimation durch die Rechtsordnung beruhen. Eine eigenständige Autorität der Verwaltung gibt es in der Demokratie nicht. 94) Auch der Gewaltenteilungsgrundsatz kann diese Autorität nicht begründen, denn er kann heute nur noch eine Funktionenteilung, eine Gewaltentrennung rechtfertigen, die auf der ungeteilten demokratischen Staatsgewalt beruht. 95)

90) Dieser Wirksamkeit der (rechtswidrigen) VAe wird die weit häufigere Nichtigkeit der gesetzwidrigen Rechtsgeschäfte des Bürgers gegenüber gestellt; vgl. u. S. 36 .

91) vgl. JELLINEK, S.21, 246; FORSTHOFF, S.15,217; OVG MÜNSTER v. 19.7.1962, DÖV 1963, 27; vgl. auch Begr. zu § 33 EVwVfG, S. 150.

92) vgl. etwa HAUEISEN, DÖV 1961, 124ff.

93) SPANNER, DÖV 1963, 30; RUPP, DVBl. 1963, 578.

94) Das gilt auch für die Bereiche, für die traditionell meist die Geltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geleugnet wurde (vgl. aber OTTO MAYER I, S.97, der in diesem Bereich von "selbständig wirkenden VAen" spricht), denn unbestritten muß hier wenigstens die negative Gesetzmäßigkeit gewahrt sein; vgl. WOLFF I, § 30 II. Zur Frage der umfassenden Geltung des positiven Gesetzmäßigkeitsprinzips vgl. MALLMANN, VVDStRL 19, 172ff m.w.N.

95) So RUPP, DVBl. 1963, 578 Fn. 22; vgl. JESCH, Gesetz und Verwaltung, S.92ff, 94f; MAUNZ-DÜRIG, Art.20, 74ff, 110.

Überbewertet wird hier auch die besondere Wirksamkeit des VAes, die Feststellung, daß die Rechtswidrigkeit den VA regelmäßig nur aufhebbar und nicht sofort nichtig macht. Diese beschränkte Folge der Rechtswidrigkeit beruht aber weniger auf der Autorität des VAes als Staatsakt als vielmehr auf einfachen Praktikabilitätserwägungen 96) und auf dem Gedanken der Rechtssicherheit. Deshalb ist es nicht angebracht, dem VA als angeblicher Bekundung der Staatsautorität besonders respektvoll gegenüberzutreten. Wie alle AHen bedarf der VA der Legitimation durch die Rechtsordnung.

3.264 Die anfängliche Wirksamkeit der Mehrzahl der rechtswidrigen VAe 97) bis zu ihrer Aufhebung 98) wird schon von OTTO MAYER der regelmäßig von Anfang an bestehenden Unwirksamkeit gesetzwidriger Rechtsgeschäfte im Zivilrecht gegenübergestellt. 99) Eine Besonderheit der VAe gegenüber anderen AHen liegt aber nicht vor. Die Regelung der Folgen von Gesetzesverstößen, ob ein bestimmter Mangel unmittelbar zur Unwirksamkeit oder ob er nur zur Aufhebbarkeit führen soll, beruht auf einer Entscheidung des Gesetzgebers. Diese Entscheidung ist für das Zivilrecht zu Recht anders getroffen worden als für das Verwaltungsrecht; Unterschiede innerhalb des Verwaltungsrechts sind jedoch nicht anzuerkennen; für alle Einzelmaßnahmen der Verwaltung ist aus den schon erwähnten Praktikabilitätserwägungen zunächst von ihrer Wirksamkeit auszugehen.

---

96) MERKL, S. 196; SPANNER, DVBl. 1964, 847.

97) Der VA ist nur in Ausnahmefällen nichtig; vgl. WOLFF I, § 51 Ib; FORSTHOFF, S. 217ff.

98) s. dazu auch HAUEISEN, DÖV 1961, 125.

99) Dieser Satz vergröbert den Unterschied, denn auch im Zivilrecht wird einigen in gesetzwidriger Weise zustandegekommenen Rechtsgeschäften nur die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit beigelegt (z.B. § 123 BGB).

Wie ebenfalls schon gezeigt, 100) sind andere AHen grundsätzlich in gleichem Maß der Aufhebung unterworfen wie VAe. Die Feststellung, daß bei den in diesem Bereich häufig bereits vollzogenen Realakten eine Aufhebung gegenstandslos ist, spricht nicht für einen weiteren Bereich der -hier ebenso bedeutungslosen- Nichtigkeit.

3.265 Auch in der Tatbestandswirkung soll sich der besondere Rechtswert des VAes zeigen. 101) Die Tatbestandswirkung bedeutet, daß jeder 102) "die Tatsache hinnehmen und beachten muß, daß ein VA erlassen wurde und daß er besteht, solange er nicht zurückgenommen worden ist." 103) Die Tatbestandswirkung betrifft Wirkungen, die vom bloßen Vorhandensein eines Staatsakts ausgehen, sie darf nicht mit der auf den Inhalt des Staatsakts bezogenen Bindungswirkung vermengt werden. 104) Tatbestandswirkung wird z.B. der Bescheinigung nach § 10 WoBauG, einer Voraussetzung für eine Grundsteuervergünstigung, 105) beigelegt; das Vorliegen dieser Bescheinigung ist Voraussetzung für ein Tätigwerden der Steuerbehörde, die aber

---

100) s.o. S.26 ff.

101) HAUEISEN, DÖV 1961, 127.

102) Eine Beschränkung auf Dritte (so HAUEISEN, aa0.) ist nicht gerechtfertigt, vgl. z.B. die Tatbestandswirkung des Urteils in Bezug auf die Verjährung (§ 218 BGB), die zeigt, daß die Beteiligten nicht nur von der Rechtskraft oder der Bestandskraft betroffen werden.

103) WOLFF I, § 52 IIc; ähnlich HAUEISEN, aa0.; JESCH, Bindung, S. 58-65 (59, 64); GROETSCHEL, DVBl. 1959, 415.

104) vgl. JESCH, aa0., S. 59.

105) vgl. die Nachweise bei SIMON, DVBl. 1956, 355.

nicht an den Inhalt der Bescheinigung gebunden ist. 106) Die Tatbestandswirkung ist keine spezifische Wirkung von VAen, sie wird auch auf andere Staatsakte, besonders auf Urteile, 107) bezogen. Bei der Frage, ob anderen AHen Tatbestandswirkung zukommt, ist zu unterscheiden: Soweit die Tatbestandswirkung nur die Beachtung der Existenz eines Aktes fordert, gilt diese Forderung für jede AH. Jeder muß das Vorhandensein dieser AH beachten. Allerdings werden vollzogene AHen oft keine Wirkung mehr haben. - Soweit die Tatbestandswirkung aber Rechtsfolgen betrifft, die von der Existenz des Staatsakts ausgehen, ist sie auf VAe beschränkt. Jedoch steht es dem Gesetzgeber frei, an jede Maßnahme Rechtsfolgen zu knüpfen und sie damit zum Tatbestandsmerkmal zu machen; tut er das, dann wird eine derartige Maßnahme nach hM zugleich zu einer Regelung und damit zu einem VA. Sie enthält dann eine Entscheidung über die Rechtsfolgen, die an die Maßnahme als Tatbestandsmerkmal anknüpfen, also z.B. über die Frage, ob die Steuerbehörde im Fall des § 10 WoBauG überhaupt tätig wird. 108) Danach erscheint es nicht sinnvoll, den besonderen Rechtswert des VAes mit seiner Tatbestandswirkung zu begründen: Diese Wirkung hat in begrenztem Umfang jede Verwaltungsmaßnahme; weitere Wirkungen können nicht als wesentlich für den VA-Begriff angesehen werden,

---

106) vgl. GROETSCHEL, DVBl. 1959,414 m.w.N. - Ein anderes Beispiel ist die Bescheinigung nach § 4a MSchG über den Eigenbedarf des Vermieters als Voraussetzung für einen erfolgreichen Kündigungsprozeß, auch hier ist das Gericht inhaltlich nicht gebunden.

107) vgl. z.B. JESCH, Bindung, S. 58ff m. Beispielen.

108) Die hM betrachtet solche Bescheinigungen deshalb als VAe: REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 37; ULE, § 42, IV 1e (S.139) m. w.N.; SIMON, DVBl. 1956, 356ff; GROETSCHEL, DVBl. 1959, 416. - Allerdings erscheint es zweifelhaft, ob solche Maßnahmen i.S. der engen VA-Definition auf einen rechtlichen Erfolg ausgerichtet sind.

denn diese Wirkungen können jeder Verwaltungsmaßnahme willkürlich vom Gesetzgeber beigelegt werden.

3.266 Besonderer Wert wird dem VA wegen seiner Verbindlichkeit zugeschrieben. Allerdings ist schon der Begriff der Verbindlichkeit umstritten. Einerseits wird gefordert, daß die Maßnahme ein weiteres Verhalten der Behörde oder Dritter festlegt, 109) andererseits wird es (vor allem bei Feststellungen) als ausreichend angesehen, wenn eine Maßnahme von der Behörde selbst als abschließend und verbindlich getroffen wird. 110) Die erste Auffassung erscheint zu eng. Ihre Argumentation überzeugt nicht: Zwar enthalten alle VA-Definitionen eine Beziehung zum Betroffenen, diese Beziehung muß aber nicht schon durch das Merkmal der Verbindlichkeit hergestellt werden. Für eine Parallele zu der prozessualen Unterscheidung zwischen materieller Rechtskraft und Bindung gem. § 318 ZPO besteht wegen der unterschiedlichen Stellung von Gericht und Verwaltungsbehörde (diese ist regelmäßig Partei) im materiellen Verwaltungsrecht kein Anlaß. Schon dieser Streit läßt erkennen, daß es keinen einheitlichen Begriff der Verbindlichkeit gibt, vielmehr bestehen mehrere Abstufungen: Bürger oder Behörde sind unterschiedlich an eine Maßnahme gebunden; das zeigt eine Untersuchung der Frage, ob und wie weit sie eine Änderung erreichen oder vornehmen können. Nach Ablauf der Widerspruchs- und Klagefrist wird der VA unanfechtbar und damit bestandskräftig. Dabei sind drei Stufen der Bestandskraft zu unterscheiden: 111) 1.) die formelle Bestandskraft, d.i. die bloße Unanfechtbarkeit des VA, die einen neuen Antrag und eine neue, andere Verwaltungsentscheidung auch bei

---

109) FICHTMÜLLER, Diss., S. 50.

110) ZEIDLER, Verh. 44. DJT, Bd.I2; S. 34; ähnlich WENDT, DÖV 1963, 90.

111) So BULLINGER, JZ 1963, 469f; im wesentlichen ähnlich WOLFF I, § 52 II, III.

gleicher Sach- und Rechtslage nicht hindert; 2.) die einseitig bindende materielle Bestandskraft, den Regelfall, in dem zwar die Behörde den VA ändern oder aufheben kann, der Betroffene aber - bei gleichbleibenden Umständen - eine Änderung oder Aufhebung nicht erreichen kann; 3.) die beide Seiten bindende materielle Bestandskraft, die eine andere Sachentscheidung bei gleichbleibenden Umständen ganz ausschließt.

Einige VAe erlangen mit der Unanfechtbarkeit nur formelle Bestandskraft. 112) Diese ist praktisch nicht sehr wichtig, weil weder der Bürger noch die Behörde an den Inhalt des VAes gebunden sind, ein besonderer Rechtswert kommt der formellen Bestandskraft daher nicht zu.

Aber auch soweit VAe materiell bestandskräftig werden, besteht Anlaß, daran zu zweifeln, daß die Bestandskraft den besonderen Wert des VAes ausmacht. Die Bestandskraft ist nämlich in vielen Fällen durchlöchert: 113)

Einige Autoren sind der Auffassung, die Verwaltungsbehörde habe (auch) nach Eintritt der einseitig bindenden Bestandskraft die Pflicht, rechtswidrig belastende VAe zu widerrufen, 114) manche billigen dem Betroffenen einen Rechtsan-

---

112) z.B. VAe, die von vornherein nur vorläufiger Natur sind, weil sie einen besonders veränderlichen Sachverhalt betreffen (wie die Ablehnung einer Baugenehmigung oder einer Reisegewerbekarte); BULLINGER, JZ 1963, 469 m.w.N.; vgl. auch (für entsprechende Urteile) JELLINEK, S.309.

113) RUPP, DVBl. 1963, 579 Fn. 27; Grundfragen, S. 252f.

114) ZEIDLER, Der Staat 1, 338; ZSCHACKE, DVBl. 1962, 323f; FORSTHOFF, S.252ff, 254; FENEBERG, DVBl. 1965, 224; ebenso für rechtswidrig begünstigende VAe: FORSTHOFF, S.253f; ZEIDLER, Verh. 44 DJT, Bd. 12, S.68-78 gegen die insoweit ganz überwiegende Meinung; s. WOLFF I, § 53 IIIc 1 m.w.N.

spruch auf den Widerruf zu. 115) Weniger weit geht die Ansicht, der Widerruf stehe im Ermessen der Behörde 116) und der Bürger habe ein Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch bei der Überprüfung der Gründe für und wider den Widerruf. 117) Die erstere, strengere Auffassung läßt die Fristregelung zu einer "Farce" werden 118) und läßt auch von der Bestandskraft wenig übrig: In jedem Prozeß, in dem ein Recht auf Widerruf behauptet wird, müßte die Rechtmäßigkeit des VAes neu geprüft werden wie wenn die ursprüngliche Klagemöglichkeit unbefristet weiterbestanden hätte, 119) nur der Tenor wäre -praktisch unwesentlich- anders. Die gemäßigtere zweite Auffassung durchbricht die Fristregelung ebenfalls, 120) wenn auch nicht im gleichen Umfang wie die erste Meinung. Sollte sich die 2. Ansicht durchsetzen,

---

115) So wohl ZSCHACKE, DVBl. 1962, 325; in dieser Richtung auch -aber offen lassend, ob nicht nur ein Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch besteht- VG DARMSTADT v. 15.5.1962, DVBl.1962, 647ff; anders z.B. FORSTHOFF, S. 255, der zwar eine Pflicht der Behörde zum Widerruf annimmt, dem Betroffenen aber nach Unanfechtbarkeit die Berechtigung zu Einwendungen gegen den VA abspricht; dagegen BACHOF, VerfR I, S. 262.

116) BVwG v. 12.10.1960, DVBl. 1961, 88; v. 8.12.1961, DVBl. 1962, 562f; v. 26.9.1962, DVBl. 1963, 186; st. Rspr.; MENGER, VwArch.54, 89ff (94); REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 24; WOLFF I, § 53 IIIc 5; auch dies gilt für begünstigende VAe, s. MENGER, aa0., S.91f; a.M. ULE-BECKER, S. 57.

117) So wohl BVwG v.20.2.1961, DVBl. 1962, 640f; ähnl. BVwGE 11,124ff; VG DARMSTADT, aa0.(Fn.115); MENGER, aa0., S. 94.

118) BULLINGER, JZ 1963, 468; RUPP, Grundfragen, S.253.

119) BULLINGER, JZ 1963, 467.

120) BULLINGER, JZ 1963, 468.

dann wäre die Bestandskraft ebenfalls in vielen Fällen beeinträchtigt. Allerdings sind beide Auffassungen unzutreffend. Sie stützen sich auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die 1. Meinung räumt diesem Prinzip den Vorrang vor dem Prinzip der Rechtssicherheit ein. 121) Die 2. Auffassung verweist mit Recht darauf, daß beide Prinzipien aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet sind. Sie folgert daraus, daß das VG (wie vorher die Verwaltung) abwägen müsse, welcher Grundsatz im Einzelfall maßgeblich sei. 122) Beide Auffassungen verkennen, daß die Fristregelung eine allgemeine Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten der Rechtssicherheit enthält. 123)

Auch durch die Rechtsprechung zum Zweitbescheid 124) wird die Bestandskraft des VAes berührt. Nach dieser Rechtsprechung soll es die Verwaltungsbehörde (Ausgangsbehörde) in der Hand haben, durch den Erlaß eines neuen VAes (Zweitbescheid) eine Überprüfung des ganzen Sachverhalts zu ermöglichen, auch soweit dieser durch den ersten, schon bestandskräftigen VA geregelt war: Durch den Zweitbescheid werde der Rechtsweg wieder eröffnet. 125)

121) FORSTHOFF, S. 254; ZSCHACKE, DVBl. 1962, 324 (dieser zieht auch den Sozialstaatsgedanken heran).

122) MENGER, VwArch. 54, 94; grundsätzlich ebenso, aber enger: OVG KOBLENZ v. 19.2.1964, DVBl. 1964, 775; MENGER, VwArch. 56, 86.

123) BULLINGER, JZ 1963, 470; MENGER, VwArch. 56, 84, 86; Jschr. II, S. 435f; s. auch u. S. 45 f.

124) BVwG v. 12.5.1960, DÖV 1960, 953f; E 13, 99f; v.26.9. 1962, DVBl. 1963, 186f; E 15, 306 (310); vgl. REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 24; HAUEISEN, NJW 1965, 562.

125) Der Begriff der "Wiedereröffnung des Rechtswegs" ist mit der Einordnung der Klagefristen als Sachentscheidungsvoraussetzung (dazu s. u. S. 110 Fn. 193) unvereinbar; er ist kennzeichnend für die Unklarheit der Argumentation zu dieser Frage.

Dabei ist noch weitgehend ungeklärt, wann ein Zweitbescheid und wann nur eine "wiederholende Verfügung" vorliegt; beispielsweise kann auch bei Übereinstimmung beider Bescheide im Entscheidungssatz das Vorliegen eines Zweitbescheids nicht ausgeschlossen werden. 126) Einige Entscheidungen sind mit dem Begriff des Zweitbescheids sehr großzügig verfahren. 127) Diese Entscheidungen bedeuten aus zwei Gründen eine Aufweichung der Bestandskraft: Einmal, weil sie oft eine Neureglung unterstellen, obwohl nur ein begründeter Hinweis auf den ersten, bestandskräftigen VA erfolgt; 128) zum anderen ist das BVwG zu leicht mit der Annahme bei der Hand, der ganze Fall werde neu geregelt und der erste VA stillschweigend aufgehoben, 129) obwohl eine Neuregelung nur mit Wirkung für die Zukunft vorliegt. 130)

Nach der Rechtsprechung des BvwG soll der "Rechtsweg" auch "wiedereröffnet" werden, wenn die Widerspruchsbehörde

126) vgl. MENGER, VwArch. 53, 281.

127) So besonders BVwG v. 12.5.1960, DÖV 1960, 953 (954); auch E 13, 99f; in diesen Fällen wurde bereits die erneute Sachprüfung als entscheidendes Merkmal für das Vorliegen eines Zweitbescheids angesehen; ebenso HAUEISEN, NJW 1965, 563; REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 24.

128) So die in der vorigen Fn. genannten Entscheidungen.

129) BVwG v.12.5.1960, DÖV 1960,953f; E 15,310: v.30.8.1962, DVBl. 1963, 186f; auch REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 24 aE.; HAUEISEN, NJW 1965, 563r.

130) Ähnlich BULLINGER, JZ 1963, 467f. Nichts rechtfertigt die Annahme, die Behörde wolle ihre 1. Entscheidung aufheben, wenn sie nach erneuter Sachprüfung zum gleichen Ergebnis kommt. Hier muß eine ausdrückliche Aufhebung verlangt werden, denn es ist nicht unwesentlich, ob eine Maßnahme mit Wirkung ex tunc oder ex nunc geändert wird (vgl. z.B. HAUEISEN, NJW 1965, 563 (Fn. 26).

einen verfristeten Widerspruch sachlich bescheidet. 131) Diese Rechtsprechung ist zu Recht weitgehend abgelehnt worden, weil die Widerspruchsfrist - entgegen der Auffassung des BVwG - als von Amts wegen zu berücksichtigende Sachentscheidungsvoraussetzung angesehen werden muß, auf die die Widerspruchsbehörde keinen Einfluß hat. 132) Auch durch diese Rechtsprechung wird die Bestandskraft beeinträchtigt.

Schließlich kann der Betroffene auch nach Unanfechtbarkeit versuchen, die Behörde durch formlose Rechtsbehelfe zum Widerruf des VAes oder zu einem Zweitbescheid 133) zu veranlassen. Auch wenn man die oben 134) erörterten Ansichten über einen Rechtsanspruch auf Widerruf oder auf fehlerfreien Ermessensgebrauch bzgl. eines Widerrufs ablehnt, wird die Behörde schon aus Gründen eines guten Verwaltungsstils oft eine neue Entscheidung treffen oder neue Gründe anführen.

Die beide Seiten bindende materielle Bestandskraft kann schon von ihrer Definition her nicht durchbrochen wer-

---

131) BVwG v. 30.5.1960, NJW 1960, 1781; E 15, 306 (309f); v. 27.11.1963, DVBl. 1964, 190; v. 16.1.1964, DVBl. 1965, 89 m. zust. Anm.v. SIGMUND-SCHULTZE: ebenso REDEKER-VON OERTZEN, § 70, 7, 8 m.w.N.

132) So BAY.VGH v. 17.4.1964, DVBl. 1965, 93f; BETTERMANN, JZ 1965, 265ff; EYERMANN-FRÖHLER, § 70, 5 m.w.N.; MENGER, VwArch. 56, 288ff, 291ff. - Außerdem ist die Widerspruchsbehörde grundsätzlich für eine Sachentscheidung nicht zuständig, sie hat deshalb nach Unanfechtbarkeit des VAes keine "Sachherrschaft".

133) vgl. MENGER, VwArch. 53, 281.

134) s. S.40 f.

den. 135) Sie ist aber sehr selten. 136)

Die praktische Bedeutung der Bestandskraft ist nach alldem recht beschränkt. Die Verwaltung wird zu neuen Entscheidungen gezwungen oder sie läßt es von sich aus nicht bei einem Hinweis auf den alten VA bewenden. Die Gerichte sind vor Prozessen wenig geschützt, wenn die Verwaltung es (bei der Mehrzahl der VAe) in der Hand hat, jederzeit den "Rechtsweg wieder zu eröffnen". Der Bürger hat zwar den Vorteil, daß er oft auch nach Unanfechtbarkeit seinen Fall weiterbetreiben kann, er ist aber seinerseits durch die Bestandskraft des VAes wenig von neuen Verwaltungshandlungen geschützt. 137)

Diese im ganzen recht unterschiedliche Verbindlichkeit der VAe beruht vor allem auf der Fristregelung der VwGO. Allein durch eine Erklärung der Behörde mit Verbindlichkeitsanspruch, durch einen angeblich besonderen Rechtswert dieser Erklärung kann die Verbindlichkeit nicht begründet werden. 138) Grundgedanke der Fristregelung ist, daß nach einer bestimmten Zeit Rechtsfrieden und Rechtssicherheit bestehen sollen, wobei

---

135) Liegen Gründe vor, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens entspr. §§ 578ff ZPO rechtfertigen würden, dann ist eine Überprüfung des VAes allerdings auch bei beiderseitig bindender materieller Bestandskraft zulässig (vgl. MARTENS, NJW 1963, 1857). Das Wiederaufnahmeverfahren beeinträchtigt die Bestandskraft aber ebenso wenig wie die Rechtskraft des Urteils.

136) vgl. BULLINGER, JZ 1963, 470; WOLFF I, § 52 IIIa (S. 310f).

137) Verhältnismäßig viel Schutz gewähren ihm die Grundsätze zum Widerruf rechtswidriger begünstigender VAe; vgl. u. bei Fn. 141.

138) RUPP, Grundfragen, S. 252; s. auch o. S. 34 f.

bewußt die Gerechtigkeit im Einzelfall zurückgestellt wird. 139) Dieser Grundgedanke ist nicht eigentümlich dem VA-Begriff zugeordnet, denn er gilt für jede Fristregelung. Das zeigt auch die Einbeziehung der Untätigkeitsklage, einer Klage, die durch das Nichtvorliegen eines VAes charakterisiert wird. 140) Der eben genannte Grundgedanke wird auch (etwas modifiziert) für die Frage des Widerrufs rechtswidriger begünstigender VAe herangezogen. 141) Dort ist eine Abwägung zwischen dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes erforderlich. Auch diese Abwägung setzt nicht das Vorliegen eines VAes voraus. Es ist daher nicht ausgeschlossen, diese Gedanken auch ohne ausdrückliche Regelung in der VwGO für die Frage der Anfechtbarkeit (bzw. Verbindlichkeit) anderer AHen heranzuziehen. Auch hier stehen sich die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Einzelfallgerechtigkeit (und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) gegenüber. Wie bei VAen besteht ein öffentliches Interesse daran, daß die Verwaltungsbehörden ihre AHen nicht immer wieder von neuem überprüfen müssen und daß die Gerichte nur zeitlich begrenzt Rechtsschutz gewähren: ein Interesse an schneller Erledigung aller Fälle. Außerdem ist nach längerer Zeit eine erneute Überprüfung oft schon tatsächlich erschwert und ein richtiges Ergebnis nur noch in geringem Maß gewährleistet.

---

139) So z.B. BVwGE 11, 125f; v.9.5.1963, DÖV 1964, 132; OVG MÜNSTER v. 22.2.1961, DÖV 1961, 469 (470); BULLINGER, JZ 1963, 470; MENGER, Jschr.II, S.435f; SCHWEICKHARDT, DÖV 1965, 802; vgl. auch BVfGE 7, 194 (196). - Das gilt auch, wenn man berücksichtigt, daß das Interesse an der Einzelfallgerechtigkeit nicht allein Individualinteresse, sondern auch Allgemeininteresse ist, dem hier der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung an die Seite tritt.

140) Darauf weist auch FICHTMÜLLER, Diss., S.87, hin.

141) vgl. dazu WOLFF I, § 53 IIIc, IVc (S. 319f, 325) m.w.N.

Nach einer bestimmten Zeit tritt deshalb auch hier das Interesse an der Einhaltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in jedem Einzelfall zurück, dem Bürger ist bei allen AHen eine zeitliche Begrenzung seines Rechtsschutzes zuzumuten. 142) Das gilt erst recht, wenn man beachtet, daß dem Rechtsschutzbegehren des Bürgers gegen VA und AH das gleiche subjektive Recht, der gleiche "Reaktionsanspruch" zugrundeliegt. 143) Daraus ergibt sich, daß andere AHen ebenfalls verbindlich werden, insoweit als auch sie nur innerhalb der Klagefristen im Verwaltungsprozeß angegriffen 144) oder erstrebt werden können und insoweit als die Behörden an die Widerrufsgrundsätze gebunden sind.

Diese Verbindlichkeit charakterisiert also nicht nur VAe i.e.S. Zudem ist die Bedeutung dieses Merkmals vor allem durch die geschilderte Rechtsprechung gemindert. Es kann deshalb einen besonderen Rechtswert des VAes nicht begründen.

3.267 Besondere Vorteile werden dem VA auch zugeschrieben, weil er von der Verwaltung selbst vollstreckt werden kann, die Verwaltung deshalb nicht auf eine Gerichtsentscheidung angewiesen ist. 145) Mit Recht werden grundsätzlich nur VAe als möglicher Gegenstand der Verwaltungsvollstreckung genannt. 146) Denn die Vollstreckung setzt eine Maßnahme voraus, die einen auf den Vollzug gerichteten Willen zum Ausdruck bringt. 147) Solche Maß-

---

142) Im Ergebnis ebenso: SCHWEICKHARDT, DÖV 1965, 801f; ähnlich MENGER, VwArch.52, 318; EHRIG, NJW 1961, 199; a.M. (ein Interesse an einer zeitlichen Begrenzung des Rechtsschutzes bei anderen AHen ablehnend) ULE, II vor § 42; HOLLAND, Diss., S.35; s. dazu auch u. S.110 ff.

143) RUPP, Grundfragen, bes. S. 252; dazu s. u. S. 95 Fn.128.

144) zu der auf (andere) AHen gerichteten Gestaltungsklage s.o. S. 25 ff.

145) HAUEISEN, DÖV 1961, 125; FICHTMÜLLER, Diss., S.68.

146) s. z.B. Art. 18, 23, 29 BayVwZVG; § 6 VwVG.

147) vgl. SCHMITT-LEERMANN, Art. 18, 1 (S. 80).

nahmen sind die anderen AHen nicht: entweder sie enthalten diesen Willen nicht (wie die Gutachten) oder sie erschöpfen sich im Vollzug, wobei weitere Vollzugsmaßnahmen nicht beabsichtigt sind, (so die Realakte 148). Durch die Erstreckung der Verwaltungsvollstreckungsregeln über den Bereich der VAe hinaus, wie sie z.B. im rheinland-pfälzischen Recht vorgesehen ist, 149) wird die besondere Stellung des VAes bzgl. der Vollstreckung nicht berührt: Soweit Verzeichnisse etc. als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung anerkannt werden, 150) besteht ohnehin keine Besonderheit, denn diese Verzeichnisse sind allein wegen ihrer Bedeutung für die Vollstreckung als (Sammel-) VAe zu qualifizieren; die Wirkung vollstreckbarer Urkunden 151) beruht auf dem vorherigen Verzicht des Bürgers auf seine verfahrensrechtliche Stellung; 152) die Einbeziehung bestimmter privatrechtlicher Forderungen 153) enthält nur eine Korrektur der oft willkürlich anmutenden Grenze zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Gestaltung der Beziehungen zwischen Staat und Bürger, die gleichen Forderungen müßten bei öffentlich-rechtlicher Konstruktion dieser Beziehungen ohnedies durch einen Leistungsbescheid geltend gemacht werden. Für das Gebiet des Verwaltungsvollstreckungsrechts ist ein enger VA-Begriff daher durchaus sinnvoll: Für die diesem VA-Begriff entsprechenden

148) Allerdings werden oft auch Realakte als VA angesehen (vgl. dazu o.3.1 Fn. 5 und 3.233). Diese Auffassung mißt der Vollstreckbarkeit als Merkmal des VAes offenbar keinen besonderen Wert bei.

149) §§ 68-74 VwVGRhPf.

150) § 68 Ia VwVGRhPf.

151) § 68 Ib VwVGRhPf.

152) vgl. (für den Zivilprozeß) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 794 ZPO, 7C.

153) vgl. die Ermächtigung in § 71 VwVGRhPf.

Maßnahmen ist die Vollstreckbarkeit kennzeichnend. Allerdings wird die Bedeutung des VAes für die Vollstreckbarkeit überbewertet, wenn gesagt wird, die Vollstreckbarkeit beginne grundsätzlich mit der Bekanntgabe. 154) Wie ein Blick auf die Verwaltungsvollstreckungsgesetze zeigt, gibt es keinen solchen Grundsatz. Oft setzt die Vollstreckbarkeit erst mit der Unanfechtbarkeit ein. 155)

3.268 Die Behauptung, der VA gebe der Verwaltung die Möglichkeit zu schnellem Handeln, 156) erscheint undifferenziert und fragwürdig. Schnelles Handeln wird vor allem von der richtigen Wahl der Mittel abhängen, in vielen Fällen kann eine andere AH eher und mehr Erfolg haben als eine förmliche Regelung. 157) Soweit die Möglichkeit zu schnellem Handeln in der Wirksamkeit von Anfang an, verbunden mit bloßer Anfechtbarkeit, oder in der Verbindlichkeit nach der Unanfechtbarkeit gesehen wird, liegt keine wesentliche Besonderheit gerade des VAes vor. 158) Auch die Möglichkeit der sofortigen Vollstreckung des VAes ist - allein zahlenmäßig - längst nicht so bedeutend wie sie manchmal dargestellt wird. 159)

---

154) HAUEISEN, DÖV 1961, 125.

155) So allgemein Art. 19 I Nr. 1 BayVwZVG; vgl. auch § 6 I VwVG; § 55 I VwVGNW und § 3 IIc, III VwVG.

156) FICHTMÜLLER, Diss., S. 67.

157) z.B. in der Leistungsverwaltung (dazu s. u.3.26); auch ein Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens kann im Einzelfall schneller zum Erfolg führen als ein ausdrückliches Verbot mit Verwaltungszwangsandrohung. Skeptisch auch SPANNER, DÖV 1963, 30.

158) vgl. dazu o. S. 36 .

159) vgl. o. S. 47 f.

Danach ist in diesem Zusammenhang allein noch die angebliche Flexibilität des VAes zu behandeln: Sie beruht auf der grundsätzlich nur einseitig - den Bürger - bindenden materiellen Bestandskraft des VAes. Sie wird allerdings durch die Widerrufsgrundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts eingeschränkt. Diese Beweglichkeit ist jedoch wie die Bestandskraft und die Widerrufsgrundsätze keine Besonderheit des VAes, sie ist bei anderen AHen in gleichem Umfang gegeben. Mit seiner angeblich besonderen Flexibilität wird der VA auch auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung verteidigt. 160) Ein wiederkehrende Leistungen bewilligender VA könne bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse auch dann noch abgeändert werden, wenn er auf Grund eines Verpflichtungsurteils ergangen sei. Werde dagegen kein VA als Grundlage der Leistung verlangt und sei die Verwaltung durch ein (anderes) Leistungsurteil unmittelbar zur Leistung verurteilt worden, dann sei die Verwaltung auf den langwierigen Weg der Klage entsprechend § 323 ZPO angewiesen. Dieser Unterschied zwischen VA und anderer AH in Bezug auf die Rechtskraft von Verpflichtungsurteil einerseits und Leistungsurteil andererseits ist merkwürdig. 161)
Hat er seinen Grund im besonderen Respekt vor dem VA? Soll die Behörde zwar durch den Erlaß eines VAes ihre Meinung, die Umstände hätten sich verändert, zum Ausdruck bringen können, nicht aber durch eine - vielleicht zu flüchtige? - andere AH? Die Fragen legen den Schluß nahe, daß § 323 ZPO auf die subordinations-

---

160) So von HAUEISEN, DÖV 1961, 126f; diesem folgend LERCHE, Jschr. II, S.79. - Zur Bedeutung des VAes in der Leistungsverwaltung s. u. 3.269

161) Meist wird die Anwendbarkeit des § 323 ZPO - ohne Begründung und auf (andere) Leistungsklagen beschränkt- bejaht, so z.B. von BAUMBACH-LAUTERBACH, § 323 ZPO, 6; WOLFF III, § 171 IXc 2 (S.396); ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 59 II 3. - Vgl. hierzu auch den - wenig überzeugenden - Versuch HOLLANDS (Diss., S.76-78) das Argument aus § 323 ZPO beiseitezuschaffen.

rechtlichen Klagen nicht anwendbar ist: Eine derart starre Bindung der hoheitlichen Verwaltung an die Rechtskraft des (Leistungs-) Urteils ist mit ihrem Wesen nicht vereinbar. Hier besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den gewöhnlichen Zivilprozeßverfahren und den subordinationsrechtlichen Verfahren des Verwaltungsprozesses, der die Anwendung des § 323 ZPO ausschließt (§ 173 VwGO). Die Bewertung des VAes als besonders "schnelles" Verwaltungsinstrument bestätigt sich damit nicht.

3.269 Der Auffassung, die dem VA im heutigen Verwaltungsrecht eine besondere Stellung einräumt, wird oft entgegengehalten, der VA sei zwar das typische Instrument der sog. Eingriffsverwaltung, für die Leistungsverwaltung sei er aber weitgehend ungeeignet. 162) Vor dem 1. Weltkrieg stand fast ausschließlich die eingreifende, ordnende Verwaltung im Blickpunkt der Verwaltungsrechtslehre, erst nach dem 1. Weltkrieg ist die leistende Verwaltung in den Vordergrund gerückt. 163) Heute liegt der Schwerpunkt der Verwal-

---

162) So MENGER, VwArch.51, 161f, 378f; DÖV 1955, 590; DVBl. 1960, 300; ähnlich KRÜGER, DVBl. 1955, 381; RUPP, AöR 85, 150; vgl. auch EHRIG, NJW 1959,218. - Das Begriffspaar ist schon daher ungenau, weil es eine Tätigkeitsform (Eingriff) einer Funktion (Leistung) gegenüberstellt. Eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Verwaltungsfunktionen, zwischen der ordnenden und der leistenden Verwaltung, ist jedoch durchaus sinnvoll, dabei entspricht die Ordnungsverwaltung weitgehend der bisher nach ihrer typischen Handlungsform so genannten Eingriffsverwaltung. Vgl. zu diesen Begriffen: WOLFF III, § 137 II (S.124); FORSTHOFF, S. 35, 340ff (341) m.w.N.; BACHOF, VVdStRL 14, 176f; auch BECKER, VVdStRL 14, 109ff und MENGER, DVBl. 1960, 298, die die gesamte Verwaltungstätigkeit als auf Leistungen gerichtet bezeichnen.

163) MENGER, DVBl. 1960, 300; WOLFF III, § 137 I.

tungstätigkeit unbestritten im Bereich der leistenden Verwaltung. 164) Diese historische Entwicklung legt die Frage nach der Stellung des VAes im heutigen Verwaltungsrecht nahe. Ein Argument für die Beschränkung des VAes auf den Bereich der ordnenden Verwaltung ergibt diese Entwicklung allerdings noch nicht.

Die moderne Leistungsverwaltung benutzt zur Erfüllung ihrer Aufgaben 165) eine Vielzahl von Mitteln. Die aus dem vorigen Jahrhundert stammende Einteilung der Verwaltungsinstrumente vor allem in die Gruppen der VAe und der Verordnungen kann die einzelnen Mittel oft nicht erfassen. Inzwischen ist z.B. der verwaltungsrechtliche Vertrag grundsätzlich anerkannt, 166) auch den schlichten AHen wird mehr Bedeutung beigemessen. Es gibt aber auch heute noch Mittel, die sich in diese Einteilung nicht einordnen lassen. Das zeigt sich z.B. am Problem der rechtlichen Qualifizierung der Pläne etwa im Raumordnungs- und Bauplanungsrecht. 167) Ein ganz anderes Beispiel bietet das Verhältnis zwischen Doktorvater und Doktorand, 168) das von MENGER 169) als vertragsähnlich bezeichnet wird. Die Vielzahl der Mittel der Leistungsverwaltung läßt das herkömmliche System der verwaltungsrechtlichen Institutionen als

164) WOLFF III, § 137 Ia (S.123).

165) vgl. die Zusammenstellung bei BECKER, VVdStRL 14,109ff; MENGER, DVBl. 1960, 298.

166) s. STERN, VwArch.49,108ff m.w.N.

167) WOLFF I, § 47 IXa; IMBODEN, VVdStRL 18,113-143; - vgl. auch BAY.VGHE 17, 106ff zur Kreisfreierklärung, wo der VGH diesen Organisationsakt als Hoheitsakt sui generis bezeichnet, sich aber dann gezwungen sieht, ihn entweder als VA oder als Verordnung zu qualifizieren.

168) BGH v. 14.12.1959, JZ 1960, 366f; MENGER, VwArch. 51, 378f.

169) aao. (Fn. 168).

ganzes ungeeignet erscheinen: VA und Verordnung, früher im Mittelpunkt des Systems, sind heute an den Rand gedrängt.170) Als Beispiel sollen hier einige Mittel genannt werden, die der Aufgabe der Verwaltung dienen, die Bevölkerung zu versorgen: der Betrieb eigener Versorgungs- und Verkehrsunternehmen, die Kontrolle über derartige selbständige Unternehmen, die Mittel der Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsförderung, wie die Bewirtschaftung inländischer und importierter Erzeugnisse, Devisenbewirtschaftung, gezielte Vergabe öffentlicher Aufträge in Notstandsgebiete, Begünstigung solcher Gebiete durch die Tarifgestaltung der Versorgungs- und Verkehrsbetriebe, Subventionen etc. 171) Neben wenigen Maßnahmen in "klassischen" Formen (Tarif als Satzung) finden sich verwaltungsrechtliche Verträge oder vertragsähnliche Beziehungen, dann eine Fülle privatrechtlicher Maßnahmen (z.B. Tarif als Allgemeine Geschäftsbedingungen) und fast ebensoviele Mischgebilde (z.B. Subventionen, Auftragsvergabe), deren 1. Stufe öffentlich-rechtlich (als VA?), deren 2. Stufe privatrechtlich konstruiert wird.

Die Zweifel am Wert des VAes für die Leistungsverwaltung werden verstärkt, wenn man die dem VA zugeschriebenen Besonderheiten erneut betrachtet. Abgesehen von der schon oben daran geübten Kritik sind viele dieser Besonderheiten für die leistende Verwaltung ohne Bedeutung. Regelmäßig gegenstandslos ist für die Leistungsverwaltung die Vollstreckungsmöglichkeit, die meist als wichtige Besonderheit herausgestellt wird. Auch sind im Bereich der leistenden Verwaltung die Umstände oft besonders variabel, so daß die stark betonte Unanfechtbarkeit in diesen Fällen praktisch nicht erreichbar ist. 172) Als Vorzug des

170) Ähnlich RUPP, AöR 85, 150, der als Beispiele die Gebiete der Planung, Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung nennt.

171) vgl. MENGER, DVBl. 1960, 300.

172) Die Unanfechtbarkeit setzt das Gleichbleiben der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse voraus; vgl. o.S. 40 .

VAes nennen auch sonst skeptische Autoren 173) seine Eignung, eine gewisse Stabilität zwischen Staat und Bürger zu schaffen. Man kann dabei auf die Unmenge von Renten- o.ä. Bescheiden hinweisen. 174) Hier ist die Feststellung der Leistung durch VA durchaus sinnvoll. 175) Dieser Vorzug erscheint erheblich geringer, wenn man den Streit um die Frage betrachtet, ob der Bürger zur Durchsetzung eines Zahlungsanspruchs eine Verpflichtungs- oder eine andere Leistungsklage erheben muß, ob die Festsetzung der Leistung notwendig durch VA erfolgen muß. 176) Die Zwischenschaltung eines VAes wird abgelehnt, 177) weil sie zu konstruiert und unpraktisch wirkenden Lösungen führt: nicht der Anspruch auf die Leistung, sondern der - allerdings weitgehend identische - Anspruch auf den (die Leistung festsetzenden) VA wird im Prozeß erörtert. Das Verpflichtungsurteil führt zu einer überflüssig erscheinenden Verwaltungsentscheidung, und im Extremfall ist sogar ein zweiter (Zahlungs-) Prozeß erforderlich, wobei allerdings dem Verpflichtungsurteil präjudizielle Wirkung für den Zahlungsprozeß zukommt. 178) Die Hinweise der Ge-

173) MENGER, VwArch. 51, 162.

174) So HAUEISEN, DÖV 1961, 123.

175) Auch wenn man von Ermessensentscheidungen absieht, bei denen ein VA ohnehin notwendig ist (vgl. die nächste Fn.).

176) Wenn die Zahlung im Ermessen der Verwaltung steht, ist unstreitig ein VA erforderlich. Der Bürger hat in diesem Fall nur einen Anspruch auf die Ermessensentscheidung, nicht auf die Zahlung.

177) MENGER, VwArch.51, 161f; BETTERMANN, NJW 1959,66; LERCHE, Jschr.II, S.78f; - auch BSGE 8,3 (8) zu § 54 I und IV SGG.

178) Die Streitgegenstände sind entsprechend den unterschiedlichen Anträgen verschieden; a.M. BACHOF, VerfR. II, S.223, der den Anspruch auf Zahlung mit in den Streitgegenstand der (auf den VA gerichteten) Klage einbeziehen will. Der Ausspruch der Zahlungsverpflichtung ist jedoch nicht beantragt.

genmeinung 179) auf den besonderen Rechtswert des VAes im allgemeinen, auf das der Leistungsklage anhaftende Erfordernis einer Abänderungsklage entsprechend § 323 ZPO 180) oder auf die Möglichkeit der Klagenhäufung gem. § 44 oder § 113 III VwGO überzeugen nicht. Auch der Gesichtspunkt der Gewaltentrennung kann die Notwendigkeit der Verpflichtungsklage nicht begründen. 181) Diese Streitfrage zeigt ebenfalls, daß die Handlungsform des VAes zu sehr betont wird. Der VA hat hier gegenüber dem Verpflichtungsurteil 182) keine selbständige Bedeutung: Er darf bei gleichbleibenden Umständen nicht davon abweichen. Falls keine verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung erforderlich ist, erscheint daher eine - auf eine besondere Feststellung der Leistungspflicht gerichtete - Verpflichtungsklage nicht angebracht, der Kläger kann unmittelbar auf die Leistung klagen. 183)

Im Ergebnis ist der VA zwar auch im Bereich der Leistungsverwaltung nicht bedeutungslos, er nimmt aber auch keine beherrschende Stellung ein, sondern stellt nur eines von vielen der Verwaltung zur Verfügung stehenden Mitteln dar.

3.27 Zusammenfassung

Zusammenfassend kann man feststellen, daß die Bedeutung des VAes oft überschätzt wird: Schon die Rechtfertigung des VAes als Bekundung der Autorität der Staatsverwaltung zeigt, daß der VA oft nicht nüchtern genug als ein Verwaltungsinstrument

179) HAUEISEN, DÖV 1961, 123f; NJW1957, 1660; BSGE 5,60 (63ff).

180) Dazu s.o. S.50 f.

181) So aber HAUEISEN, NJW 1957, 1660. - Zur Gewaltentrennung s. schon o. S. 32.

182) Anders ist es beim Bescheidungsurteil (§ 113 IV 2 VwGO), vgl. o. Fn. 176.

183) vgl. zum ganzen HOLLAND, Diss., S.74ff, 82f.

unter vielen anderen gesehen wird. 184) Allerdings nimmt der VA gegenüber anderen AHen eine besondere Stellung ein, indem er die Grundlage der Verwaltungsvollstreckung bildet. Weitere dem VA zugeschriebene Vorzüge sind dagegen oft problematisch - so etwa die Verbindlichkeit - oder sie sind nicht auf VAe i.e.S. beschränkt - wie etwa der Vorzug der Wirksamkeit bis zur Aufhebung 185) und der Eignung als Mittel zu "schnellem" Verwaltungshandeln. Schließlich ist der VA auch nicht das wichtigste unter den Instrumenten der Verwaltung: In der - heute weit überwiegenden - Leistungsverwaltung nimmt er nicht mehr die zentrale Stellung ein, die er innehatte, als die Ordnungsverwaltung die Verwaltungstätigkeit charakterisierte.

Die Untersuchung zeigt außerdem, daß die behaupteten Vorzüge des VAes überwiegend unter dem Blickwinkel der Verwaltung gesehen werden. Betrachtet man sie vom Standpunkt des Bürgers aus, dann könnte nur die Verbindlichkeit und die Charakterisierung des VAes als "schnelles" Verwaltungsmittel wichtig sein. Abgesehen von der Seltenheit der die Behörde bindenden materiellen Bestandskraft sind beide Eigenschaften nicht auf VAe beschränkt. Besondere Vorteile für den Bürger bietet der VA deshalb nicht. Gerade dieser Blickwinkel darf aber nicht vernachlässigt werden, weil die verwaltungsgerichtlichen Klagen wesentlich der Verwirklichung der subjektiven Rechte des

184) vgl. dazu auch die oft wiederkehrende, leicht schwärmerisch anmutende Formel vom VA als einem "Vorrecht der Verwaltung" (so FICHTMÜLLER, Diss., S.68 m.w.N.), die nur eine Selbstverständlichkeit ausdrückt: Das Recht zu allen möglichen AHen - also auch zu VAen - ergibt sich aus der Funktion der Verwaltung; daher kann es dem Bürger nicht zustehen.

185) vgl. auch das oben S. erörterte Argument, nur VAe seien aufhebbar und nur bei VAen sei die Aufhebung erforderlich; zur Verwirklichung dieser Aufhebung diene die auf VAe i.e.S. bezogene Anfechtungsklage.

Bürgers dienen sollen. 186)

Wie schon unter den anderen Auslegungsgesichtspunkten erscheint auch bei teleologischer Betrachtung des VAes als eines Instituts des materiellen Rechts eine besondere prozessuale Behandlung nicht zwingend erforderlich. Eher läßt sich im Gegenteil schon hier sagen, daß eine besondere, an den engen VA-Begriff anknüpfende Klageform willkürlich anmutet.

3.28 Hinweis auf die Ausgestaltung der Verpflichtungsklage

Für die Frage, welche Bedeutung der (enge) VA-Begriff für die Verpflichtungsklage besitzt, ist auch auf die Ausgestaltung dieser Klageart einzugehen, vor allem auf die besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen und die maßgeblichen Verfahrensvorschriften. Dabei ist zu untersuchen, ob die Ausgestaltung der Verpflichtungsklage Argumente für die Beschränkung dieser Klage auf VAe i.e.S. ergibt. Hier soll zunächst ein Hinweis genügen und die Feststellung vorweggenommen werden, daß auch diese Untersuchung eine solche Beschränkung nicht rechtfertigt. Die Ausgestaltung der Verpflichtungsklage soll erst im nächsten Abschnitt 187) unter etwas verändertem Blickwinkel betrachtet werden.

3.3 Die Einteilung in nachträgliche und ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen und die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Streitigkeiten im prozessualen Sinn.

3.31 Überblick

Der enge VA-Begriff ist auch Anknüpfungspunkt für zwei weitere Einteilungen der verwaltungsgerichtlichen Klage-

186) s. dazu auch u. S. 85f, 83f, 94f. - Die auf S.34 genannte BVwGE 19, 19 (21) weist deshalb mit Recht auch auf die Bürgerinteressen hin, nennt aber im gleichen Atemzug - und damit zu stark betont - die Bedeutung des VAes für die Verwaltung.

187) s.u. 4.6 (S. 99 ff).

arten. Weit verbreitet ist die Einteilung in nachträgliche und ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen. 188) Die nachträglichen Verwaltungsstreitsachen werden als Klagen zur Nachprüfung eines VAes gekennzeichnet, zu ihnen gehören die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage; die ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen werden durch das Fehlen eines VAes charakterisiert, beide Parteien sind "vor dem Richter gleichermaßen Rechtsuchende". 189) Ähnlich wurde vor allem früher - an § 85 VGG anknüpfend - zwischen subordiantionsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Klagen im sog. prozessualen Sinn unterschieden, ob einer der Beteiligten schon einen VA erlassen hat oder nicht. 190) Weil beide Einteilungen regelmäßig an den engen VA-Begriff anknüpfen 191) und sich dabei weitgehend auf die angeblichen Besonderheiten des VAes stützen, kann insoweit auf die bisherigen Erörterungen verwiesen werden.

3.32 Bedeutung der Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Streitigkeiten im prozessualen Sinn

Die Begriffe der subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Streitigkeiten im prozessualen Sinn haben keine eigene Bedeutung für die Einteilung der Klagearten, denn sie stellen nur auf das Vorliegen (oder Nichtvorliegen) eines VAes ab, eine

188) OTTO MAYER I, S. 152; FLEINER, S. 254; W. JELLINEK, S. 315; MENGER, System, S.137f m.w.N., S.220; DERS., Grundrechte III2, S.776ff; KLINGER, § 68 B (S.354); WOLFF III, §§ 171 Ia, b; 172; 173.

189) MENGER, Grundrechte III2, S.768; s. auch MENGER, System, S. 224ff.

190) Zu den Begriffen der subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Streitigkeiten s. auch u. S. 154 (ff) m.w.N.

191) vgl. MENGER, System, S.98ff (101); WOLFF I, § 46 bes. vor I (S.260f); HEGEL, DÖV 1965, 414f; anders LERCHE, Jschr. II, S.76, der auf das Vorliegen einer AH abstellt (dazu s. u. S.160 f).

Beziehung auf das Subordinationsverhältnis (Koordinationsverhältnis) im materiellen Sinn wird ausdrücklich abgelehnt. 192)

3.33 Bedeutung der Einteilung in nachträgliche und ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen

3.331 Die Einteilung in nachträgliche und ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen stützt sich auf - allerdings vom Vorliegen (oder Nichtvorliegen) eines VAes abhängende - Unterschiede in der Ausgestaltung der Klagearten. Die nachträglichen Verwaltungsstreitsachen werden mit den Rechtsmitteln des Zivilprozeßrechts verglichen, 193) die ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen mit den gewöhnlichen zivilprozessualen Klagen. 194) Diese Einteilung beruht zwar auch auf der im vorangehenden kritisierten Überschätzung des VA-Begriffs - wobei die Bezeichnung als Klage zur Überprüfung der Verwaltungstätigkeit noch keine Beschränkung dieser Klage auf VAe i.e.S. impliziert: 195) Die behauptete Rechtsmittelähnlichkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist jedoch ein zusätzliches Argument: Wenn die Charakterisierung dieser Klagen als rechtsmittelähnlich richtig ist, dann ergibt sie einen Anhaltspunkt für eine auf verbindliche, auf Rechtswirkungen abzielende Verwaltungsentscheidungen beschränkte VA-Definition. Denn Rechtsmittelverfahren setzen (potentiell) verbindliche Entscheidungen voraus.

Unbestritten ist, daß die Verwaltungsgerichte nicht in einem Instanzenzug mit den Verwaltungsbehörden stehen. 196)

192) HEGEL, DÖV 1965, 414; LERCHE, Jschr. II, S.71.

193) MENGER, System, S. 139ff; 259f; DERS., Grundrechte III2, S. 767; WACKE, AöR 79, 163ff; - gegen die Behauptung der Rechtsmittelähnlichkeit: BETTERMANN, Gschr. für Jellinek, S. 384ff; WERNER, DVBl.1955,203f; vgl. auch BRÜCK, NJW 1960,2272f.

194) MENGER, System, S. 224, 262.

195) vgl. dazu u. S.106 ff (zum Vorverfahren).

196) SIEHOFF, Diss., S.12 Fn. 1.

Daher kann nur eine Ähnlichkeit mit Rechtsmitteln behauptet werden. Andererseits leuchtet ohne weiteres ein, daß die Anfechtungsklage 197) zur Nachprüfung einer Verwaltungsmaßnahme führt. 198) Soweit ist die Ähnlichkeit unproblematisch. Hier ist die Rechtsmittelähnlichkeit nur dann von Bedeutung, wenn sie weiter geht, wenn sie sich nur auf qualifizierte Verwaltungsmaßnahmen (VAe?) bezieht. Mit anderen Worten: Die Ähnlichkeit darf nicht allgemein auf -allen möglichen Maßnahmen gegenüber statthafte - Rechtsbehelfe (i.w.S.), sie muß vielmehr auf - verbindlichen Maßnahmen zugeordnete 199) - Rechtsmittel (i.e.S.) bezogen sein. Die Behauptung der Rechtsmittelähnlichkeit in diesem engeren Sinn soll im folgenden nachgeprüft werden.

3.332 Die Rechtsmittelähnlichkeit wird aus der Ausgestaltung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage hergeleitet. Vor allem in den VGG fand diese Auffassung viele Anhaltspunkte. Schon die Klagefristen (§ 42 VGG, jetzt §§ 74ff VwGO) wurden mit den Rechtsmittelfristen anderer Prozeßordnungen verglichen, denn Klagen seien i.d.R. unbefristet, Ausschlußfristen seien das typische Merkmal der Rechtsmittel. 200) Dementsprechend gebe es gegen die Versäumung der Klagefrist die sonst nur bei Rechtsmitteln vorgesehene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 33 VGG, 60 VwGO). 201)

---

197) Zur Verpflichtungsklage s. vor allem u. S. 64.

198) Über den Zweck dieser Klage ist damit nichts gesagt; dazu vgl. u. S. 85 .

199) Vgl. dazu die - allerdings zu starke - Betonung der Ähnlichkeit des VAes mit einem Urteil bei OTTO MAYER I, S. 93ff; s. dazu JELLINEK, S. 246.

200) MENGER, System, S. 139f.

201) WACKE, AöR 79, 165.

Auch die Möglichkeit, die Klage gem. § 49 VGG bei der Ausgangs- oder der Beschwerdebehörde einzulegen, wurde als Parallele zu den Rechtsmittelverfahren angesehen, denn Rechtsmittel können beim judex a quo eingelegt werden (vgl. §§ 124 II, 139, 147 VwGO, auch § 569 ZPO; anders aber §§ 518, 543 ZPO), Klagen können dagegen nie beim Beklagten eingelegt werden.202)

Als wesentliches Argument für die Rechtsmittelähnlichkeit wurde auch der jedes Rechtsmittel charakterisierende Suspensiveffekt der Anfechtungsklage (§§ 51 VGG, 80 VwGO) angeführt. 203)

Weitere Argumente für die Rechtsmittelähnlichkeit wurden aus den Vorschriften über die Entscheidung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage hergeleitet: 204) § 80 VGG ließ in bestimmten Fällen die Möglichkeit einer reformatio in pejus gegenüber der Entscheidung der Einspruchs- oder Beschwerdebehörde zu. § 59 VGG gab dem VG die Möglichkeit, die Sache an die Verwaltungsbehörde zurückzuverweisen, § 79 II VGG (heute: § 113 II VwGO) ermächtigte das VG zu einer eigenen (reformatorischen) Sachentscheidung. § 79 I VGG (heute § 113 I VwGO) legte die regelmäßig kassatorische Entscheidung fest. Schließlich ließ § 124 I VGG (heute: § 162 VwGO), der die Kosten des Vorverfahrens zu den Kosten der Klage rechnete, Vorverfahren und Klage als zwei - bezüglich der Kosten einheitlich zu behandelnde - Instanzen erscheinen.

3.333 Die VwGO bietet weit weniger Anknüpfungspunkte für die Auffassung, die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage seien rechtmittelähnlich. 205) Es fehlen in der VwGO Bestimmun-

202) MENGER, System, S. 140; WACKE, aaO.

203) MENGER, System, S. 141; WACKE, AöR 79, 165.

204) WACKE, AöR 79, 165f.

205) Im Verhältnis zu den VGG enthielt schon die MRVO weniger Anhaltspunkte für diese Auffassung.

gen wie § 49 VGG (Einlegung der Klage auch bei der Verwaltungsbehörde), § 80 VGG (reformatio in pejus) und § 59 VGG (Zurückverweisung an die Behörde). Auch die verbleibenden Argumente überzeugen nicht.

Die Bestimmung einer Klagefrist bietet kein Argument für die Rechtsmittelähnlichkeit. Die - eng damit zusammenhängende - Frage, ob die Klagefrist an sich schon eine Beschränkung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auf VAe i.e.S. erfordert, ist schon oben 206) behandelt und abgelehnt worden. Gesetzliche Fristen bestehen für Rechtshandlungen aller Art, auch im Prozeßrecht sind sie nicht auf Rechtsmittel beschränkt. Auch das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht auf Rechtsmittel, sondern auf alle gesetzlichen Fristen bezogen. 207)

Der Suspensiveffekt ist tatsächlich ein entscheidendes Merkmal eines Rechtsmittels. Im Zivilprozeßrecht bezeichnet er die Herausschiebung der formellen Rechtskraft des Urteils. 208) Bei der Anfechtungsklage ist er das Korrelat der sofortigen Wirksamkeit der Amtshandlung, er schiebt den Eintritt der formellen Bestandskraft hinaus. 209) Die aufschiebende Wirkung soll verhindern, daß die Verwaltung endgültige - nur schwer reparable - Maßnahmen ausführt, ehe die Gerichte über deren Rechtmäßigkeit entschieden haben. Insoweit ähnelt die aufschiebende Wirkung dem Suspensiveffekt der Rechtsmittel des Zivilprozesses. Unterschiede liegen jedoch darin, daß der Suspensiveffekt des § 80 VwGO vor der ersten gerichtlichen Entscheidung einsetzt und daß sich die vorhergehende Verwaltungshandlung - auch als VA - wesentlich von einem Urteil unterscheidet.

Die Entscheidungsmöglichkeiten des VG bei der Anfechtungsklage können die Behauptung der Rechtsmittelähnlichkeit ebenfalls nicht stützen. Rechtsmittelentscheidungen können (bei

206) S. 45 ff.

207) z.B. auf die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 II VwGO).

208) LENT-JAUERNIG, § 72 I.

209) vgl. BETTERMANN, Gschr. für JELLINEK, S. 387.

Erfolg des Rechtsmittels) entweder (1.) Aufhebung und Zurückweisung oder (2.) Aufhebung und eigene Entscheidung enthalten. Wie schon erwähnt ist die 1. Möglichkeit dem VG in der VwGO verschlossen. Die 2. Möglichkeit ist abgesehen von den Ausnahmefällen des § 113 II VwGO auch nicht gegeben: Das Anfechtungsurteil ist regelmäßig auf die Kassation beschränkt, es unterscheidet sich damit wesentlich von den üblichen Rechtsmittelentscheidungen etwa des Zivilprozeßrechts. 210) Auch die Bestimmung über die Prozeßkosten (§ 162 I VwGO) kann die Rechtsmittelähnlichkeit nicht belegen. Diese Vorschrift ist von Praktikabilitätserwägungen getragen, über die Charakterisierung einer Klageart läßt sich aus ihr kaum etwas entnehmen.

3.334 Entscheidend gegen die Rechtsmittelähnlichkeit spricht der Unterschied in der Parteistellung. Im Rechtsmittelverfahren stehen sich die Parteien des erstinstanzlichen Verfahrens gegenüber; dagegen wäre hier der judex a quo, die Verwaltungsbehörde (genauer: die Körperschaft), 211) Beklagter in der "2. Instanz". 212)

---

210) BETTERMANN, aaO., S.384.

211) Klagegegner ist regelmäßig die Körperschaft, der die Ausgangsbehörde angehört (§ 78 II VwGO). - Etwas komplizierter wird es, wenn man berücksichtigt, daß Ausgangs- und Widerspruchsbehörde verschiedenen Körperschaften angehören können. (In diesem Fall müßte man von 3 Instanzen sprechen, so MENGER, System, S.150ff, 151.) Aber auch in diesem Fall wäre eine für die Entscheidung verantwortliche Körperschaft Beklagte.

212) BETTERMANN, aaO. (Fn.209), S.385; MENGER, System, S. 143, 150ff; vgl. auch WACKE, AöR 79, 166f, der die Vertauschung der Parteirollen betont, die er als wesentlich für das Vorliegen eines Rechtsmittelverfahrens ansieht. Er vernachlässigt dabei, daß der Klagegegner hier zunächst als Entscheidungsbehörde und nicht als Partei tätig wurde.

Schließlich fehlt der Anfechtungsklage auch der die Rechtsmittel kennzeichnende 213) Devolutiveffekt. 214)

Für diese Arbeit ist besonders wichtig, daß die Behauptung der Rechtsmittelähnlichkeit zu sehr auf die Anfechtungsklage abgestellt ist. Für die Verpflichtungsklage paßt diese Behauptung kaum. Die Versagungsgegenklage weist allerdings eine gewisse Ähnlichkeit auf; hier ähnelt die Entscheidung der "Vornahmeklage" 215) einem reformatorischen Rechtsmittelurteil, 216) das Bescheidungsurteil 215) erinnert an eine zurückverweisende Rechtsmittelentscheidung; 217) dagegen ist der Suspensiveffekt bei der Versagungsgegenklage oft bedeutungslos, so wenn die für eine gewerbliche Tätigkeit erforderliche Erlaubnis untersagt und diese Untersagung angegriffen wird. Bei der Untätigkeitsklage ist überhaupt keine Vorentscheidung der Verwaltung gefallen; die in § 35 II VGG enthaltene Fiktion einer solchen ist mit Recht aufgegeben worden. Hier findet sich daher keine Ähnlichkeit zu den Rechtsmitteln. Die Untätigkeitsklage kann nicht etwa als Ausnahmeerscheinung beiseite gelassen werden. Sie bildet eine wesentliche Erscheinungsform der Verpflichtungsklagen, deren Gemeinsamkeit in der vom Kläger erstrebten Leistung, der hoheitlichen Verwaltungsmaßnahme, nicht aber in der vorgängigen Verwaltungstätigkeit liegt. 218) Die Untätigkeitsklage widerlegt die Einteilung in nachträgliche (rechtsmittelähnliche) und ursprüngliche (nicht rechtsmittelähnliche) Verwaltungsstreitsachen besonders deutlich.

---

213) LENT-JAUERNIG, § 72 I.

214) GROSCHUPF, DVBl. 1961, 840; STICH, JuS 1964, 390.

215) I.S. von BETTERMANN, NJW 1960, 656f und WOLFF III, § 173 II b5.

216) BETTERMANN, aaO. (Fn. 209), S. 384f.

217) vgl. BETTERMANN, NJW 1960, 651.

218) vgl. u. S. 74 .

4. Das Subordinationsverhältnis als Anknüpfungspunkt für die Einteilung der Klagearten

4.1 Der materielle Begriff des Subordinationsverhältnisses als Ausgangspunkt / Überblick

Die Anknüpfung an den Gegensatz zwischen Subordinationsverhältnis und Koordinationsverhältnis erscheint auf den ersten Blick recht unklar. Hier ist deshalb zunächst zweierlei klarzustellen: 1. Die Begriffe Sub- und Koordinationsverhältnis werden nicht in dem eben behandelten prozessualen Sinn verwandt, denn diese Begriffe stellen lediglich auf das Vorliegen (oder Nichtvorliegen) eines VAes i.e.S. ab und ermöglichen deshalb keine neue Einteilung der Leistungsklagen. Zur Kennzeichnung des Gegensatzes sind die Begriffe Sub- und Koordinationsverhältnis als materielle Begriffe bezeichnet; maßgeblich ist, ob zwischen den Beteiligten ein Unter- oder ein Gleichordnungsverhältnis besteht. 2. Diese materiellen Begriffe stellen nicht darauf ab, ob die Beziehungen zwischen den Beteiligten im allgemeinen durch die Subordination oder die Koordination geprägt ist, entscheidend ist vielmehr, ob dem Prozeß im konkreten Fall eine subordinationsrechtliche oder eine koordinationsrechtliche Beziehung zugrundeliegt (z.B. bei Streitigkeiten aus einem "subordinationsrechtlichen" verwaltungsrechtlichen Vertrag oder bei Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs 1)).

Eine genauere Bestimmung dieser Begriffe 2) und eine Erörterung der Bedenken gegen diesen Anknüpfungspunkt 3) soll hier zunächst zurückgestellt werden. Zuerst sind die Grundlagen dieser an das Subordinationsverhältnis anknüpfenden Auffassung zu erörtern. In diesen Zusammenhang gehört auch die Behand-

---

1) Dazu s. u. S. 161

2) s. u. S. 150

3) s. u. S. 150ff, 157ff.

lung der an die AH oder den VA i.w.S. anknüpfenden Einteilung in Verpflichtungsklage i.w.S. und andere Leistungsklage: Diese Einteilung unterscheidet sich inhaltlich kaum von der eben genannten Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Leistungsklagen, versucht aber, sich enger als diese an den Wortlaut der VwGO zu halten. Die schon zu den VGG vertretene Verwendung der AH als Einteilungsgesichtspunkt soll zu Beginn behandelt werden.

4.2 AH als Anknüpfungspunkt für die Einteilung der Klagearten

4.21 Allgemeines

Nach dieser Auffassung bezieht sich die Verpflichtungsklage auf - nicht nur VAe i.e.S. umfassende - AHen. Der Begriff der AH wird dabei nicht in seinem weitesten, alle amtlichen Handlungen einschließenden Sinn verwandt, sondern BACHOF 4) folgend nur für die amtlichen Handlungen, deren Ablehnung einen VA darstellt oder darstellen würde. 5)

4.22 Der Begriff der AH in den Verwaltungsprozeßgesetzen

4.221 BACHOF 6) entwickelte diese Auffassung zu der Regelung der §§ 35 II, 79 III und V, 85 VGG: § 35 I bezeichnete als Gegenstand der Anfechtungsklage den VA; § 35 II erweiterte die "Anfechtungsklage" auf die Fälle der Unterlassung einer AH (Un-

---

4) Vornahmeklage, S. 31; weitere Nachweise s. Fn. 6.

5) Ebenso: BETTERMANN, NJW 1960,650; VG FRANKFURT (M) v. 3.5.1960, DÖV 1961,313 (314); vgl. EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 17 (die BACHOFs Formulierung für ihre VA-Definition verwenden); LERCHE, Jschr. II, S. 76. - Anders wohl FORSTHOFF, 8.Aufl., S.496, und ENGELHARDT, JZ 1961, 590, die auch koordinationsrechtliche Handlungen einbeziehen.

6) aaO. (Fn. 4) und JZ 1956,342; ihm folgend SIEHOFF, Diss., S. 113; WOLFF I, § 45 Ia -bis zur 3. Auflage-.

tätigkeitsklage 7)), eine Bestimmung über die Versagungsgegenklage fehlte; § 79 enthielt Vorschriften über das Urteil, in Abs. 1 für die Anfechtungsklage i.e.S., in Abs. 3 für die Versagungsgegenklage und in Abs. 5 für die Untätigkeitsklage, wobei in Abs. 3 und 5 der Begriff AH verwendet wurde; § 85 I definierte die Parteistreitigkeiten. BACHOF schloß aus § 79 III, daß der Gesetzgeber die Ablehnung einer AH als VA angesehen habe und daß die gegen diese Ablehnung gerichtete Versagungsgegenklage deshalb als Anfechtungsklage in § 35 I enthalten gewesen sei. Aus dieser Erkenntnis und aus der Abgrenzung zwischen Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten in § 85 I folgerte BACHOF für das Klageziel der Verpflichtungsklage, die AH, die schon genannte Definition: AHen sind alle amtlichen Handlungen, deren Ablehnung einen VA darstellt oder darstellen würde. Die hM beschränkte aber schon für das VGG die Verpflichtungsklage auf VAe und maß dem Wortlaut der §§ 35 II, 79 III und V VGG insoweit keine selbständige Bedeutung zu. 8)

4.222 Den Begriff der AH enthielt auch § 75 III MRVO, die Bestimmung über das Urteil der Verpflichtungsklage. Als Gegenstand von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage wurde in §§ 23 und 24 MRVO nur der in § 25 MRVO definierte VA genannt. Daher wurde für die MRVO die Meinung, mit der Verpflichtungsklage könnten AHen begehrt werden, nicht vertreten. 9)

7) Im folgenden werden die heute üblichen Begriffe verwandt: also der Begriff der Anfechtungsklage grundsätzlich i.e.S. und der Begriff der Verpflichtungsklage anstelle des früher üblichen Begriffs der Vornahmeklage.

8) BVwGE 2,273 (274); BAY.VGHE 7,71 (76); MENGER, Grundrechte III 2, S.761; EYERMANN-FRÖHLER, VGG, § 35, I 2b (S.120).

9) Allerdings meint BACHOF, Vornahmeklage, S.35f, der VA-Begriff des § 25 MRVO umfasse alle AHen i.S. des § 35 II VGG und sei sogar noch weiter, denn der VA-Definition des § 25 MRVO fehle - mindestens in Bezug auf den Begriff der sonstigen Maßnahme - das obrigkeitliche Element, das Erfordernis der Verbindlichkeit. Diese Auffassung läßt sich jedoch nicht begründen.

4.223 In den Entwürfen zur VwGO stehen die Begriffe VA und AH ebenfalls nebeneinander. Als Klagegegenstand wurde in allen Entwürfen der VA bezeichnet. 10) Im Präsidentenentwurf 11) enthielt die Vorschrift über das Urteil der Verpflichtungsklage nur den Begriff der AH; in den Entwürfen der Bundesregierung 12), der Stellungnahme des Bundesrats 13) und im Bericht des Rechtsausschusses 14) stehen wie heute die Begriffe VA und AH in der Bestimmung über das Verpflichtungsurteil unmittelbar nebeneinander. In der Begründung wird behauptet, die Vorschrift des heutigen § 113 IV VwGO entspreche dem § 79 III und V VGG. 15) Diese Bestimmung knüpfte aber wie § 35 II VGG nur an den Begriff der AH an, der von namhaften Autoren als gegenüber dem VA eigenständig und weiter gedeutet wurde. Die Referenten kannten den Streit anscheinend nicht, eine Klärung haben sie daher auch nicht erreicht. 16)

4.224 Die VwGO 17) hat also die Unklarheit des Ausdrucks bezüglich der Verpflichtungsklage von der MRVO übernommen. Wie in der MRVO wird bei der Bestimmung des Gegenstands der

---

10) § 42 EPräs, DVBl.1951, H. 18 (Beilage); §41 BT-Drucks. 4278/I; § 41 BT-Drucks.462/II; § 41 EVwGO, BT-Drucks. 55/III.

11) § 111 IV EPräs.

12) § 114 BT-Drucks.4278/I; § 114 BT-Drucks.462/II; § 114 EVwGO, BT-Drucks.55/III.

13) BT-Drucks.55/III, Anlage 2 (S.57).

14) BT-Drucks.1094/III, S.51.

15) Begr. zu § 114 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.43.

16) a.M. HEGEL, JZ 1963, 17; DÖV 1965,415; dazu s.o.S. 20.

17) vgl. die Auslegung des Wortlauts zur Frage, ob der VA i.e.S. Gegenstand der Verpflichtungsklage ist, o.S.16 ff.

Verpflichtungsklage in § 42 I VwGO der Begriff VA verwandt, wogegen als Urteilsgegenstand in § 113 IV VwGO die Verpflichtung des Beklagten, "die AH vorzunehmen", genannt wird; allerdings setzt dieses Urteil u.a. voraus, daß "die Ablehnung oder Unterlassung des VAes rechtswidrig" ist. Der Begriff der AH ist danach von den VGG über die MRVO zur VwGO immer mehr verdrängt worden und hat sich nur noch an einer Stelle erhalten. Die übrigen Vorschriften, die der Ausgestaltung der Verpflichtungsklage dienen, wie §§ 42 II, 68 II, 70f, 74, 75f, 78, 114 VwGO enthalten nur den Begriff VA. 18) Aus dem Vordringen des VA-Begriffs in den Bestimmungen über Gegenstand und Urteil der Verpflichtungsklage wird man keinen sicheren Schluß über die Bedeutung des AH-Begriffs für die VwGO ziehen können; zwar liegt es näher, auf den VA als Gegenstand von Klage und Urteil zu schließen, aber auch dieser Begriff ist nicht eindeutig, 19) so daß auch die Annahme der Identität beider Begriffe mit der Folge eines dem AH-Begriff entsprechenden weiten VA-Begriffs nicht ausgeschlossen ist.

Auch aus § 101 FGO kann man eine "autentische Interpretation" des AH-Begriffs in § 113 IV VwGO durch den Gesetzgeber 20) nicht entnehmen. § 101 FGO entspricht § 113 IV VwGO, enthält aber nur den VA-Begriff und nicht den Begriff der AH. Die Begründung zur FGO geht auf die in § 101 verwandten Begriffe jedoch nicht ein. 21) Außerdem ist der Begriff der AH in den bisherigen Regelungen der Finanzgerichtsbarkeit nicht üblich gewesen. Und letztlich ist der Schluß aus einem späteren Gesetz auf ein früheres als "autentische Interpretation" zweifelhaft. Zwar kann der Gesetzgeber nachträglich einen Begriff eines alten Ge-

---

18) vgl. dazu o. S. 20.

19) vgl. o. S. 16.

20) Diese Möglichkeit wird von SCHOLLER, BayVBl.1966, 116, angedeutet.

21) vgl. Begr. zu § 99 EFGO, BT-Drucks.1446/IV, S.55.

setzes neu definieren; ein neues Gesetz über eine andere Materie läßt aber keine verbindlichen Rückschlüsse auf die Auslegung früherer Gesetze zu.

4.225 Nach dieser Betrachtung des Wortlauts der VwGO und ihrer Vorläufer erscheint es verständlicher, daß auch noch für die VwGO die Auffassung vertreten wird, Gegenstand der Verpflichtungsklage müsse die AH sein, § 42 und die anderen Bestimmungen 22) der VwGO seien von § 113 IV VwGO her zu korrigieren. 23) Der Wortlaut 24) schließt diese Auffassung nicht eindeutig aus. Diese Betrachtung ergibt außerdem, daß BACHOFs AH-Begriff eng auf die VGG bezogen und zunächst nur aus diesen Gesetzen erklärbar ist. 25) Die VwGO und vor allem § 113 IV bietet diesem Begriff keine Stütze, denn Voraussetzung des Urteils ist hier die Ablehnung oder Unterlassung eines VAes, nicht aber einer AH.

4.23 Der Begriff der AH: Kritik

Der AH-Begriff legt die Frage nahe, ob die Ablehnung von AHen allgemein als VA im herkömmlichen engen Sinn qualifiziert werden kann. Einige Autoren sehen z.B. in der Ablehnung einer Geldzahlung keinen VA, auch wenn die Zahlung eine AH ist; 26) diese Ablehnung sei nur eine "rechtsgeschäftliche Erklärung"

---

22) Diese werden allerdings meist nicht erwähnt.

23) BETTERMANN, NJW 1960,649f; ihm folgend: FORSTHOFF,8. Auflage, S.496; LERCHE, Jschr.II, S.76; ENGELHARDT, JZ 1961, 590; VG FRANKFURT (M) v. 3.5.1960, DÖV 1961, 313 (314); vgl. auch EYERMANN-FRÖHLER, §42, 17.

24) Zur Systematik s.o. S. 22 Fn. 49.

25) BACHOF hat seine Auffassung für die VwGO nicht mehr vertreten, s. VerfR. I, S.240 und Jschr. II, S. 10f.

26) Rechtsgeschäfte im fiskalischen Bereich interessieren hier nicht.

der Behörde, nicht leisten zu wollen. 27) Zur Beantwortung dieser Frage sind mehrere Fälle zu unterscheiden: Ohne Zweifel ist die Entscheidung der zuständigen Behörde über das Bestehen eines Anspruchs als rechtserhebliche, potentiell verbindliche Maßnahme (VA) zu qualifizieren. Interessanter sind hier die Maßnahmen einer i.d.R. auch organisatorisch von der entscheidenden Behörde getrennten Kasse: Lehnt diese - einer entsprechenden Entscheidung jener Behörde folgend - die Zahlung ab, dann liegt darin kein VA, sondern nur eine unselbständige Verweisung auf einen solchen.28) Lehnt die Kasse (etwa entgegen der Anweisung) die Zahlung selbständig ab, 29) dann liegt darin eine eigene Verwaltungsentscheidung mit Anspruch auf Verbindlichkeit, ein VA. 30) Mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen haben diese hoheitlichen Maßnahmen wenig gemeinsam. Die genannten Fälle zeigen vielmehr - mindestens hier - die Richtigkeit der Behauptung, die Ablehnung einer AH sei ein VA. Allerdings kann die Ablehnung eine unselbständige Maßnahme ohne Rechtserheblichkeit sein. Diese Möglichkeit betrifft die eben getroffene Feststellung jedoch nicht, weil einer Maßnahme bei fehlender Rechtserheblichkeit auch der Charakter einer AH abgesprochen werden müßte. 31) Betrachtet man die weiteren nicht als VA zu bewertenden Maßnahmen, die Gegenstand einer subordinationsrechtlichen Leistungsklage sein können, dann findet man in der Tat keine amtliche Handlung, deren Ablehnung nicht die Merkmale des VA-Begriffs enthält. 32)

27) BRÜCK, NJW 1960, 2274; EHRIG, NJW 1961,199; vgl. auch KLINGER, § 42, E I 2a (S.180f) m.w.N. (dazu s.Fn. 28).

28) Nur diesen Fall betrifft die von KLINGER, aa0., zitierte Entscheidung des OVG MÜNSTER, E 6, 232 (236f).

29) Dieser Fall wird nicht sehr häufig sein.

30) Ohne zu differenzieren für das Vorliegen eines VAes: HAUEISEN, DÖV 1961, 123 Fn. 21a; HOLLAND, Diss., S.52.

31) s. dazu u. S. 165.

32) vgl. die allgemeine Formulierung bei WOLFF I, § 46 Vb (S.266).

Der Begriff der AH scheint daher geeignet zu sein, auf die übergeordnete Stellung der Behörde bezogene, subordinationsrechtliche Maßnahmen zu kennzeichnen und damit die subordinationsrechtlichen Streitigkeiten (allerdings nur im Bereich der Leistungsklage) zu charakterisieren. 33) Die Begründung hierfür folgt daraus, daß die Ablehnung immer eine den geltend gemachten Anspruch betreffende "Regelung" enthält und eine solche Regelung grundsätzlich nur dann erfolgt, wenn die Ablehnung und - damit zusammenhängend - die begehrte positive Maßnahme in einem Subordinationsverhältnis vorgenommen werden. Trotzdem bestehen gegen diesen AH-Begriff Bedenken: Zwar setzt die Anknüpfung der AH-Definition an den VA-Begriff diese noch nicht der gegen den VA vorgebrachten Kritik aus, denn diese Anknüpfung ist nur sehr locker. Aber es scheint reichlich konstruiert und umständlich, wenn für das Klageziel der Verpflichtungsklage auf die Rechtsnatur der Ablehnung der begehrten Maßnahme abgestellt wird. Bedenken ergeben sich auch aus dem unterschiedlichen Umfang von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage als Folge des allein auf die Verpflichtungsklage bezogenen AH-Begriffs. 34)

4.24 Die Verpflichtungsklage als Klageform zur Anfechtung der Ablehnung von VAen.

Schließlich beruht der AH-Begriff auch auf einer nicht berechtigten Qualifizierung der Verpflichtungsklage als Form der

33) Auch BACHOF, Vornahmeklage, S.56, 58, sieht offenbar im Bereich der Leistungsklage neben der (subordinationsrechtlichen) Verpflichtungsklage nur die (koordinationsrechtlichen) Parteistreitigkeiten.

34) Dazu s.o. S. 23 ff. - Wie schon dort gezeigt wurde, ist -im Gegensatz zu den Vertretern der AH-Meinung- der Bereich der Anfechtungsklage grundsätzlich ebenso auszudehnen wie der der Verpflichtungsklage.

Anfechtung des ablehnenden VAes: 35) Jede Ablehnung einer AH sei ein VA und müsse anfechtbar sein, gleichgültig ob die begehrte Maßnahme einen VA oder eine andere AH darstelle. Die Einordnung der Verpflichtungsklage als Anfechtungsklage entspricht der Regelung der VGG (§§ 35, 79 VGG, ebenso z.B. § 15 VGGRhPf); dagegen waren in der MRVO Anfechtungs- und Verpflichtungsklage klar voneinander getrennt (§§ 23 und 24 MRVO). Auch die - allerdings in einer Bestimmung zusammengefaßte - Regelung der VwGO läßt den Unterschied deutlich werden. Zwar ist § 42 II VwGO, der für die Klagebefugnis auf die in der Ablehnung oder Unterlassung des VAes liegende Rechtsverletzung abstellt, weniger klar als § 24 MRVO, in dem die Behauptung eines Rechtsanspruchs auf Vornahme verlangt wurde. Aber § 42 I VwGO als Definition der Verpflichtungsklage zeigt deutlich, daß auch für die VwGO die Verurteilung zum Erlaß des VAes (als Klageziel) entscheidend ist. Auch sind in dieser Bestimmung Versagungsgegenklage und Untätigkeitsklage in der gleichen Klageform zusammengefaßt, woraus sich ergibt, daß nicht die Ablehnung (durch den VA), sondern die gemeinsame Einordnung als Leistungsklage entscheidend ist. Schließlich fehlt in der Regelung über das Verpflichtungsurteil eine Bestimmung, nach der die Aufhebung des ablehnenden VAes ausgesprochen werden soll. 36)

Die Regelung der Verpflichtungsklage in der VwGO kann also die Qualifizierung dieser Klage als Form der Anfechtung einer AH nicht stützen. Zwar sieht die hM die Verpflich-

---

35) BETTERMANN, NJW 1960, 649, 650. Zwar verkennt BETTERMANN den Charakter der Verpflichtungsklage als Leistungsklage nicht, vernachlässigt ihn jedoch zu sehr.

36) Zu den daran anknüpfenden Streitfragen s. REDEKER-VON OERTZEN, § 113, 18; ULE, § 113 II (S.384).

tungsklage in ihrer Unterart der Versagungsgegenklage zugleich als Leistungs- und Gestaltungsklage an; 37) aber der Charakter der Verpflichtungsklage als Leistungsklage steht zweifellos im Vordergrund, die Aufhebung der ablehnenden Maßnahme ist nur ein Nebenzweck. 38)

4.25 Hinweis auf Art. 19 IV GG und den Gleichheitssatz

Zwei entscheidende Argumente für die AH als Gegenstand der Verpflichtungsklage sollen hier nur erwähnt werden, sie sind Anlaß zu ausführlichen Erörterungen in den folgenden Abschnitten: Das erste Argument enthält BETTERMANNs Hinweis auf Art. 19 IV GG, der nicht nur VAe sondern alle rechtsverletzenden AHen betreffe. 39) Ebenso bedeutsam ist die auf den Gleichheitssatz abzielende Behauptung, es bestehe kein vernünftiger Grund, VA-bezogene Klagen prozessual anders zu behandeln als auf andere AH gerichtete Klagen. 40)

4.26 Zusammenfassung

Nach dem Hinweis auf diese beiden entscheidenden, selbständig zu behandelnden Argumente ist die Betrachtung der an die AH anknüpfenden Meinung zunächst kurz zusammenzufassen: Einige Argumente für diese Auffassung sind heute nicht mehr beweiskräftig, so die Ableitung aus dem VGG und die Charakterisierung

---

37) EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 10; MENGER, System, S.194; OBERMAYER, in MANG u.a., S.239; a.M. ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 32 II2 (S.102).

38) BACHOF, Vornahmeklage, S. 57; REDEKER-VON OERTZEN, aa0.

39) BETTERMANN, NJW 1960, 650. - Dazu s. u. S. 80 ff.

40) BETTERMANN, aa0.; vgl. die Nachweise auf S. 92. - Zu diesem Argument gehört eine ins Einzelne gehende Untersuchung der Ausgestaltung der Verpflichtungsklage; s.u.S.99 ff.

der Verpflichtungsklage als gegen den ablehnenden VA gerichtete Klage. Wesentlich ist einmal - die schon früher getroffene - 41) Feststellung, daß die VwGO eine derart weite Auslegung der Regelung über die Verpflichtungsklage nicht hindert. Zum anderen ist die von der AH-Meinung vorgenommene Ausweitung hier besonders wichtig, weil sie wohl alle subordinationsrechtlichen Streitigkeiten (im materiellen Sinn) umfaßt und mit dem Begriff der AH auch eine - allerdings etwas konstruiert wirkende - Bestimmung dieser subordinationsrechtlichen Streitigkeiten ermöglicht. Jedoch erscheint der Begriff der AH als selbständiger Anknüpfungspunkt für die subordinationsrechtliche Leistungsklage ungeeignet, weil er auf der Regelung der VGG beruht und damit heute wurzellos ist. Dieser Begriff kann nur dann bedeutsam werden, wenn er auf eine neue Grundlage gestellt wird: den Begriff des Subordinationsverhältnisses.

4.3 Systematische Begründung

4.31 Die Einteilungen im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Verfahren und ihre Bedeutung für die Leistungsklage

Eine systematische Begründung für die Auffassung von der - auf AHen bezogenen - Verpflichtungsklage als der einzigen subordinationsrechtlichen Leistungsklage wird vor allem von LERCHE gegeben: 42) LERCHE unterscheidet drei verschiedene Einteilungen im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Verfahren: 1. nach dem gesamten Inhalt des Verfahrens unterschiedene Verfahrenstypen: subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Streitsachen; 2. nach dem vom Kläger bestimmten Verfahrensprogramm (Streitgegenstand) die Begehrensformen: Leistungs-, Fest-

---

41) s. o. S. 16 ff.

42) LERCHE, Jschr. II, S. 71ff; auf die Systematik stützen sich auch EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 6; § 42, 14 und BAY.VGH v.20.10.1960, BayVBl.1961, 58 (59) (dazu s. aber o. S. 8 ff).

stellungs- und Gestaltungsklage 43) und 3. die durch die VwGO ausdrücklich oder konkludent zugelassenen, oft ins einzelne gehend ausgestalteten, Klageformen (-typen): Anfechtungs-, Verpflichtungs-, Feststellungs- und Leistungsklage. 44)

Hier interessiert die Begehrensform der Leistungsklage. Dieser sind die Klagetypen der Verpflichtungs- und der Leistungsklage (i.e.S.) zugeordnet. Für die hier entscheidende Frage der Umgrenzung dieser beiden Klagetypen folgert LERCHE 45) aus den sich überlagernden Einteilungen, daß die Verpflichtungsklage die einzige Leistungsklage des subordinationsrechtlichen Verfahrenstyps sein müsse. Diese dem subordinationsrechtlichen Verfahrenstyp zuzuordnende Leistungsklage bilde einen selbständigen, durch besondere Normen ausgestalteten Bereich (Klagetyp), in dem nach dem Grundsatz der Spezialität weitere anders geregelte Leistungsklagen nicht zulässig seien. Die Leistungsklage als Klageform sei deshalb auf den koordinationsrechtlichen Verfahrenstyp beschränkt.

4.32 Die Bedeutung der Einteilung in einen subordinationsrechtlichen und einen koordinationsrechtlichen Verfahrenstyp zeigten recht deutlich die VGG. Diese hatten einen eigenen Abschnitt für die koordinationsrechtlichen "Parteistreitigkeiten" (5. Abschnitt, §§ 85ff), der den subordinationsrechtlichen "Anfechtungssachen" (4. Abschnitt, §§ 35ff) 46) gegenübergestellt

---

43) Der Gegensatz dieser Einteilungen wird verdeutlicht, wenn man (ähnlich LERCHE, ORW, S.40, 57) den Verfahrenstyp als dynamische, die Begehrensform dagegen als statische Struktur bezeichnet.

44) Meist wird nur auf die beiden letzten Einteilungen hingewiesen; vgl. z.B. BRÄUTIGAM, DÖV 1960, 368.

45) Jschr.II, S. 74-76.

46) vgl. LERCHE, Jschr.II, S. 71f.

wurde. 47)

4.33 Begründung der Einteilung aus der VwGO

Die VwGO enthält keinen derart klaren Beleg. Deshalb überzeugt auch nicht, wenn manchmal pauschal "die VwGO" herangezogen wird, um die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verfahren und die daraus folgende Ansicht von der Verpflichtungsklage als der einzigen subordinationsrechtlichen Leistungsklage zu stützen. 48)

47) Auch neben dem Gesetzeswortlaut zeigte sich die Bedeutung der Einteilung: bei der Behandlung der Feststellungsklage, für die trotz der in § 24 VGG enthaltenen Verweisung auf das Parteistreitverfahren von vielen die Anwendung des subordinationsrechtlichen Anfechtungsverfahrens vertreten wurde, wenn die Feststellung der Nichtigkeit eines VAes begehrt wurde; vgl. LERCHE, Jschr. II, S.75.

48) EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 6 und besonders § 42, 14; vgl. auch LERCHE, Jschr.II, S.71, der für diese Einteilung u.a. die "reichlich begriffspositivistische Struktur" der Verfahrensordnungen anführt. Ersichtlich klammert sich die VwGO nur an den VA-Begriff; die VwGO kann man daher nur für die genannte Einteilung heranziehen, wenn man den VA-Begriff immer als Kennzeichen für das Subordinationsverhältnis ansieht. Dies ist durch eine eingehende Untersuchung (vgl. u. bei Fn. 49) zu bestätigen. - Zur systematischen Auslegung vgl. im übrigen o. S. 20 - 33.-
Die Gesetzesmaterialien sind unergiebig, vgl. o. S.8 Fn.9 und S. 19 Fn. 35. Nach SCHILLING, BayVBl.1965, 119, sprechen sie nicht für die Entwicklung einer besonderen Leistungsklage neben der Verpflichtungsklage im Subordinationsverhältnis. Die von ihm angeführten Zitate (besonders KOEHLER, vor § 42f, S.236) stützen allerdings eher die Gegenansicht.

Die eben genannte Einteilung läßt sich vor allem durch eine sorgfältige, ins einzelne gehende Betrachtung der Ausgestaltung der Verpflichtungsklage begründen; diese Untersuchung soll in einem besonderen Abschnitt erfolgen. 49) Die Bedeutung der Einteilung wird aber z.B. auch an § 1 II VwGO deutlich. 50)

4.34 Auch bei anderen prozessualen Einteilungen wird die Bedeutung des Begriffs des Verfahrenstyps sichtbar: So ist bei der Frage der Rechtswegabgrenzung nicht der (allein vom Kläger bestimmte) Streitgegenstand, sondern der (durch die Gesamtheit des Prozeßstoffs bestimmte) Verfahrenstyp entscheidend. 51) In beiden Fällen - soweit gleicht sich die Abgrenzung der Klagearten und die der Rechtswege - handelt es sich um die vom Gericht objektiv festzulegende Bestimmung des für den Rechtsstreit richtigen Verfahrens. 52)

---

49) s.u. S. 100 ff.

50) LERCHE, Jschr. II, S.87f; dazu s. auch u. S. 158 . - Das von LERCHE, aaO., S.75, angeführte Beispiel der unterschiedlichen Ausgestaltung von Versagungsgegen- und Untätigkeitsklage erscheint nicht beweiskräftig. Das Fehlen des Widerspruchsverfahrens bei der Untätigkeitsklage beruht lediglich darauf, daß dieses Vorverfahren als Überprüfung ein Handeln voraussetzt. Ein Subordinationsverhältnis besteht ebenso beim Unterlassen der Behörde.

51) So LERCHE, ORW, S.40, 57; JZ 1953,214 Fn.25; BayVBl. 1956,299; auch sonst wird die Meinung, der Streitgegenstand sei maßgeblich, kaum noch "rein" vertreten. Viele (z.B. BGHZ 41, 266; BÖTTICHER, DVBl. 1950, 324; JZ 1962,317; LENT-JAUERNIG, § 3 II3, S.7, m.w.N.) wollen für die Bestimmung des Rechtswegs auch das Vorbringen des Beklagten heranziehen und manche (BÖTTICHER, DVBl.1950,325f; LENT-JAUERNIG, aaO.) halten in diesem Zusammenhang den Begriff des Streitgegenstands (ausdrücklich) nicht für entscheidend und stellen auf die Gesamtheit des Prozeßstoffs ab.

52) vgl. (zur Rechtswegfrage) LERCHE, ORW, S.39f.

4.35 Im Zivilprozeßrecht läßt sich die Berechtigung einer Einteilung in Verfahrenstypen ebenfalls nachweisen. Das zeigt ein Blick auf die besonders ausgestalteten Verfahren im 6. Buch der ZPO. 53) Die Besonderheit der Klagen in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen liegt nicht darin, daß bestimmte (staatliche) Maßnahmen angegriffen 54) oder begehrt werden, diese Klagen werden vielmehr durch das öffentliche Interesse, die Schutzwürdigkeit der zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen (Ehe/Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern) charakterisiert. Diese Besonderheit bestimmt die Verfahren des 6. Buchs. Die einzelnen Begehrensformen und Klagetypen sind dagegen nur unwesentlich voneinander unterschieden.

4.36 Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die systematische Betrachtung der verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein wesentliches Argument ergibt für die Einteilung in einen subordinationsrechtlichen und einen koordinationsrechtlichen Verfahrenstyp und damit im Bereich der Leistungsklage für die Einteilung in einen subordinationsrechtlichen und einen koordinationsrechtlichen Klagetyp.

---

53) Keinen besonderen Verfahrenstyp bilden die vorläufigen Verfahren, zu denen neben der einstweiligen Verfügung und dem Arrestverfahren auch der Urkunden- und Wechselprozeß gehört.

54) So aber MENGER, System, S. 180ff, wenn er die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage mit der Anfechtungsklage im Entmündigungsverfahren (§§ 664ff, 684ff) vergleicht.

4.4 Die Bedeutung des Art. 19 IV GG für die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verfahren

4.41 Beschränkung des Art. 19 IV GG auf subordinationsrechtliche Verfahren

4.411 Die Einteilung in einen subordinationsrechtlichen und einen koordinationsrechtlichen Verfahrenstyp wird schon in der für den Rechtsschutz grundlegenden Bestimmung des Art. 19 IV GG deutlich. Denn Art. 19 IV GG garantiert nur die subordinationsrechtlichen Streitsachen. 55) Die übliche Argumentation aus dem Wortlaut des Art. 19 IV GG ist allerdings nicht überzeugend. Das gilt einmal für das Wort "verletzt", 56) weil auch koordinationsrechtliche Streitigkeiten (behauptete) Rechtsverletzungen zum Gegenstand haben können. 57) Aber auch der Begriff der "öffentlichen Gewalt" zwingt nicht dazu, Art. 19 IV GG auf subordinationsrechtliche Streitigkeiten zu beschränken, 58) denn das GG verwendet ähnliche Begriffe, ohne damit

55) BACHOF, Vornahmeklage, S.13f; BETTERMANN, Grundrechte III 2, S.786; KLEIN, VVDStRL 8, 116; LERCHE, ORW, S.29; Jschr.II, S.79; VON MANGOLDT-KLEIN, Art.19, VII 4; MAUNZ-DÜRIG, 19 IV, 22; MAUNZ, § 16 III 1 (S. 125); WERNICKE, in BK, Art.19, II 4d und e (S.13 und 15); Begr. zu § 38 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.33.

56) So aber KLEIN, aaO.; VON MANGOLDT-KLEIN, aaO. m.w.N.

57) MAUNZ-DÜRIG, aaO.; z.B. Klagen aus Verletzung eines verwaltungsrechtlichen Vertrags. (Daß hier nur vertragliche Rechte verletzt werden, kann nicht entscheidend sein, weil der Begriff der Rechte i.S. des Art. 19 IV GG allgemein weit ausgelegt wird; vgl. MAUNZ-DÜRIG, 19 IV, 33ff.)

58) vgl. DRATH, VVDStRL 8, 152; HAMANN, Art.19, B 14; a.M. (und für dieses Argument) MAUNZ-DÜRIG, aaO.; MAUNZ, aaO.; WERNICKE, aaO., II 4e.

eine Beschränkung auf subordinationsrechtliche Maßnahmen auszudrücken, so z.B. in Art. 1 I ("staatliche Gewalt"), 1 III (vollziehende Gewalt") 59) und 34 GG ("öffentliches Amt").60) Daher ist es nicht ausgeschlossen, daß der Begriff der "öffentlichen Gewalt" nur den Hoheitsträger bezeichnen soll und nicht zugleich eine (in der konkreten Situation) übergeordnete Stellung. 61) Allerdings scheint die Verwendung des Wortes "Gewalt", vor allem in Zusammenhang mit dem Wort "verletzt", auf diese übergeordnete Stellung hinzuweisen. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 19 IV GG ergibt hier keinen Aufschluß.62)

12 Entscheidend sind systematische Stellung und Zweck des Art. 19 IV GG: Sie lassen erkennen, daß dieser Art. ein Grundrecht enthält. 63) Zwar steht Art.19 IV GG als letzter Absatz in einer Bestimmung, die in ihren übrigen Absätzen keine Grundrechte enthält, 64) Art. 19 IV GG ist aber bewußt ans Ende des Grundrechtsabschnitts gestellt, 65) um eine einengende auf bestimmte Grundrechte beschränkte Auslegung zu verhindern. 66)

59) MAUNZ-DÜRIG, Art. 1 III, 100.

60) HAMANN, Art.34, B 3. Sachlich gleichbedeutend sprach Art.131 WRV sogar von "öffentlicher Gewalt".

61) vgl. HAMANN, Art. 19, B 14.

62) vgl. MATZ, JöR 1, 183-186; KLEIN, VVDStRL 8, 78ff.

63) KLEIN, VVDStRL 8, 85ff, 123 ("formelles Hauptgrundrecht"); HAMANN, Art.19, B 13; LERCHE, ORW, S.28; MAUNZ-DÜRIG, Art.19 IV, 2; WERNICKE, in BK, Art.19, II 4; a.M. VON MANGOLDT, Art.19, 2 (S.119); VON MANGOLDT-KLEIN, Art.19, II 3 (S.540).

64) VON MANGOLDT, Art.19, 2.

65) Ursprünglich war die Vorschrift als Art.2 IV geplant (MATZ, JöR 1,184; KLEIN, VVDStRL 8,79), wo sie sicher unbestritten als Grundrecht anerkannt worden wäre.

66) vgl. KLEIN, VVDStRL 8, 80 m.w.N.

Ihrem Inhalt nach ist die Bestimmung von derart überragender Bedeutung, 67) daß sich kein Grund dafür finden läßt, Art. 19 IV GG nicht als Grundrechtsverbürgung anzusehen. Die positive Ausgestaltung (als Recht auf Rechtsschutz) hindert diese Charakterisierung nicht, denn das überwiegend negative Verständnis der Grundrechte (als Freiheiten vom Staat) 68) war mit dem GG von Anfang an nicht vereinbar. 69) Im übrigen soll Art. 19 IV GG die Grundrechte gerade schützen und besitzt damit (soweit Freiheitsrechte betroffen sind) die von VON MANGOLDT 68) geforderte Abwehrfunktion. Aus der Qualifizierung des Art. 19 IV GG als Grundrecht folgt, daß seine Anwendung ein Grundrechtsverhältnis voraussetzt, d.i. ein Verhältnis, in dem der Grundrechtsträger dem Grundrechtsadressaten untergeordnet ist und daher mit besonderem Rechtsschutz ausgestattet ist. Hat sich der Rechtsträger mit dem Adressaten für den konkreten Fall auf der gleichen Stufe arrangiert, 70) dann ist besonderer Schutz nicht erforderlich, schon weil dem Adressaten die gefährlichen Machtmittel dann nicht zur Verfügung stehen. 71) Für die Anwendung des Art. 19 IV GG ist dann kein Platz. (Das gilt allerdings nur, solange keine "Partei" die Ebene der Koordination verläßt.) Auch wenn sich zwei öffentlich-rechtliche Körperschaften in ihrer Funktion als Hoheitsträger gegenüberstehen, kön-

---

67) s.z.B. MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 IV, 1 m.w.N.

68) So aber VON MANGOLDT, Art. 19, 2 (S. 119).

69) ZIPPELIUS, Ev. Staatslexikon, Sp. 721; vgl. auch die an G. JELLINEK, S. 419ff, angelehnte Einteilung bei VON MANGOLDT-KLEIN, A II 3a vor Art. 1 (S. 59); gegen VON MANGOLDT (Fn. 68) auch LERCHE, ORW, S. 127 (Anm. 33).

70) z.B. in einem (auch subordinationsrechtlichen) öffentlich-rechtlichen Vertrag.

71) Ähnlich WERNICKE, in BK, Art. 19, II 4e (S. 15).

nen sie sich nicht auf Art. 19 IV GG berufen; denn diese Bestimmung ist wie die anderen Grundrechte i.d.R. nicht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts (als Rechtsträger) anwendbar.72) Wie bei diesen anderen Grundrechten besteht eine Ausnahme gerade dann, wenn sich die öffentlich-rechtlichen Körperschaften (selbständig) in einem Subordinationsverhältnis gegenüberstehen.73)

4.42 Keine Beschränkung des Art. 19 IV GG auf den Rechtsschutz gegen VAe

4.421 Eine weitergehende Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art.19 IV GG auf den Rechtsschutz gegen VAe (i.e.S.) - dann ergäbe sich aus diesem Art. ein Argument für die herkömmliche, an den VA-Begriff anknüpfende Einteilung der Klagetypen - ist abzulehnen. 74) Schon nach seinem Wortlaut knüpft Art.19 IV

72) So (ohne Ausnahme) HAMANN, Art.19, B 13; and.MAUNZ-DÜRIG, Art.19 IV, 16; VON MANGOLDT-KLEIN, Art.19, VII 1 (S.569f) m.w.N.; WERNICKE, in BK, Art.19, II 4a. Entgegen MAUNZ-DÜRIG kommt es nicht darauf an, daß Art. 19 IV nicht nur Grundrechte schützt; entscheidend ist hier, daß Art.19 IV selbst ein Grundrecht gewährt.

73) Es gilt Art. 19 III GG. Die Anwendung dieser Bestimmung auf juristische Personen des öffentlichen Rechts ist allerdings sehr umstritten. S. dazu z.B. VON MANGOLDT-KLEIN, Art.19, VI 2 (S.566); WERNICKE, in BK, Art.19, II 3a einerseits und (ablehnend) HAMANN, Art.19, B 9; MAUNZ-DÜRIG, Art.19 III, 29ff, 34ff andererseits. Im Ergebnis ist die Anwendung des Art.19 IV in dem im Text genannten Fall fast unbestritten; d. BETTERMANN, Grundrechte III 2, S.786f; SPANNER, VwArch. 51, 171 und die in Fn.72 genannten (außer HAMANN, aa0.).

74) MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 IV, 9ff; BETTERMANN, Grundrechte III 2, S. 796; HAMANN, Art.19, B 14; GEIGER, Festschr. für den 45. DJT., S.64f; LERCHE, ZZP 78,17; BVwGE 17, 83(85); OVG HAMBURG v. 17.4.1962, DVBl.1962, 684.

GG nicht an den Begriff des VAes an. Maßgeblich sind hier vielmehr die weiteren Begriffe der "Verletzung in eigenen Rechten" und der daraus erkennbare Zweck der Vorschrift, . . lückenlosen, umfassenden Rechtsschutz zu gewähren. Deshalb ist allgemein anerkannt, daß Art. 19 IV GG extensiv auszulegen ist. 75) Danach kann es für den Rechtsschutz nicht auf die Rechtsnatur der verletzenden Maßnahme ankommen. 76) Ob die Rechtsverletzung z.B. durch eine auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Maßnahme oder durch einen Realakt bewirkt wird, ist unerheblich. Eine Beschränkung des Art. 19 IV GG auf den Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch VAe ist ausgeschlossen. Die nur in der ersten Zeit nach der Entstehung des GG vertretene Gegenmeinung 77) überzeugt nicht. Sie ist offenbar noch in der früheren Auffassung verhaftet, die das Vorliegen eines VAes in Anlehnung an das Enumerationsprinzip als Rechtswegvoraussetzung ansah. 78)

75) MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 IV, 9; VON MANGOLDT-KLEIN, Art. 19, VII vor 1 (S.569); in anderem Zusammenhang ebenso BVwGE 17, 83 (85).

76) s. z.B. MASSON, BayVBl. 1965, 64f.

77) FRIESENHAHN, DV 1949,481; KLEIN, VVDStRL 8,107; LERCHE, ORW, S.29 (s. aber Fn.74); vgl. allerdings noch MAUNZ, § 16 III 1 (S.125).

78) Dazu s.o. S. 6. - Unzutreffend erscheint der Hinweis auf Art. 132 III GG (so früher LERCHE, ORW, S.129, Anm. 51; and. jetzt ZZP 78,17). Einmal erscheint der Schluß von einer Übergangsbestimmung auf eine der grundlegenden Normen der Verfassung fragwürdig, auch hat Art. 132 III GG nur deklaratorische Bedeutung (so JESS, in BK, Art.132, II 4; vgl. auch die Entstehungsgeschichte: VON DOEMMING, JöR 1,875). Schließlich könnte Art. 132 III unmittelbar nur eine Folgerung für das "besondere Gewaltverhältnis" zulassen. (vgl. dazu KLEIN, VVDStRL 8,107f.) Die weitere

4.422 Zur Begründung der Feststellung, daß Art.19 IV GG allein auf das Vorliegen einer Rechtsverletzung (im Subordinationsverhältnis) abstellt, erscheint auch ein Blick auf die Diskussion über das Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeit angebracht. Mit Recht wurde gerade aus Art.19 IV GG als der für die Verwaltungsgerichtsbarkeit grundlegenden Verfassungsnorm, 79) aber auch aus der Typik der Klageformen der VwGO geschlossen, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit in 1. Linie dem Rechtsschutz des Bürgers diene. 80) Abzulehnen ist die vor allem früher vertretene Auffassung, 81) die Verwaltungsgerichtsbarkeit diene allein der Verwaltungskontrolle. Dabei darf man allerdings nicht übersehen, daß der Verwaltungsprozeß wie jeder Prozeß gleichzeitig das objektive Recht verwirklichen soll 82) und insoweit zugleich eine Verwaltungskontrolle bewirkt. 83) Damit stehen auch nach

Zu 78) Überlegung, daß Maßnahmen im "besonderen Gewaltverhältnis" nicht als VAe zu qualifizieren seien (mit der Folge, daß Art.132 III den einzigen Fall einer Rechtsschutzgarantie gegen Nicht-VAe enthielte; so im Ergebnis FRIESENHAHN, aaO.), wird heute mit Recht nicht mehr akzeptiert (vgl. OBERMAYER, in MANG u.a., S. 142; WOLFF I, § 46 VIIa).

79) vgl. dazu MAUNZ-DÜRIG, Art.19 IV, 7, 43; LERCHE, ORW, S.28f.

80) ULE, Verwaltungsprozeßrecht, S.3f; BETTERMANN, DVBl. 1953,163f; RUPP, AöR 88,481-485 (484f); LÜKE, JuS 1967, 1; BITTER, BayVBl.1958, 45.

81) GNEIST, Der Rechtsstaat, S.270f; auch noch PETERS, S. 194f; NIESE, JZ 1952,355f; weitere Nachweise s. bei LANG, VwArch.52,77 Fn.29.

82) STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, Einl.C I, IV; LENT-JAUERNIG, § 1 II.

83) ähnlich LANG, VwArch.52,77; vgl.auch MAUNZ-DÜRIG, Art.19 IV, 7.

der Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Rechte des zu schützenden Bürgers im Vordergrund; die Rechtsnatur der Verwaltungsmaßnahmen, die in diese Rechte eingreifen, tritt dagegen in ihrer Bedeutung zurück. 84) Daraus folgt, daß eine Aufgliederung der verwaltungsgerichtlichen Klagen, die in 1. Linie an die unterschiedliche Rechtsnatur der Verwaltungsmaßnahmen anknüpft, nicht der Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit entspricht. Diese spricht vielmehr für eine grundlegende Aufgliederung nach der Art der Rechtsverletzung (subordinationsrechtlich oder koordinationsrechtlich) - wobei allerdings eine weitere Einteilung nach der Natur der Verwaltungsmaßnahme grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist.

4.43 Art. 19 IV GG als Garantie des effektiven Rechtsschutzes

4.431 Entscheidende Bedeutung kommt Art. 19 IV GG auch als Garantie eines effektiven Rechtsschutzes zu. 85) Diese Garantie ergibt sich aus dem Zweck des Art. 19 IV GG, lückenlosen, umfassenden Rechtschutz zu gewähren. 86) Sie ist z.B. herangezogen worden zur Begründung der Zulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage im Verwaltungsvollstreckungsverfahren 87) oder zur Begründung eines besonderen Verfahrens in Sonderfällen der Anordnung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem.

84) vgl. auch RUPP, Grundfragen, S.249-251, und dazu u. zu Fn. 128.

85) BACHOF, DRZ 1950,246f; DERS., Vornahmeklage, S.164; KELLNER, Juristenjahrbuch 1964/65, S.111, 114; MAUNZ-DÜRIG, Art.19 IV, 12; LERCHE, ZZP 78, 17; MENGER, VwArch.55,283 m.w.N.; BVwGE 16,289 (292f); 17,83 (85f); 19,159 (161f).

86) So z.B. BACHOF, DRZ 1950,246; Vornahmeklage, S.164.

87) OVG HAMBURG v. 17.4.1962, DVBl.1962,683 (684f).

§ 80 V VwGO. 88) Bisher ist dieser Bestandteil der Rechtsschutzgarantie des Art.19 IV GG recht vorsichtig angewandt worden, i.d. R. nur dann, wenn der Rechtsschutz überhaupt gefährdet schien.89) Das entspricht mehreren Entscheidungen von BVwG und BVfG: Danach gewährleistet Art.19 IV GG zwar die Durchsetzung der Rechte gegen die öffentliche Gewalt, überläßt aber die Ausgestaltung des Rechtswegs den einfachen Gesetzen; 90) oder (ähnlich formuliert): Art.19 IV GG garantiert den Rechtsweg nur im Rahmen der jeweils geltenden Prozeßordnung. 91) Diese Entscheidungen sind schon etwas älter und erwähnen die Bedeutung des Art.19 IV GG als Garantie eines effektiven Rechtsschutzes nicht. Eine Änderung erscheint daher nicht ausgeschlossen. Sie ist auch erforderlich, denn diese Entscheidungen werden der Bedeutung des Art. 19 IV GG nicht gerecht: Art.19 IV GG betrifft nicht nur die Möglichkeit, überhaupt Rechtsschutz zu erlangen, auch die Ausgestaltung des Verfahrens ist an dieser Bestimmung zu messen. 92) Schon dem Wortlaut nach beschränkt sich die Garantie des "Rechtswegs" nicht auf

---

88) OVG LÜNEBURG v. 1.6.1961, DVBl.1961,520 (521f).

89) vgl. die genannten Entscheidungen des BVwG und des OVG LÜNEBURG (Fn.85 und 88).

90) So ausdrücklich BVwGE 7, 66 (74); v.2.10.1959, DVBl.1960, 208.

91) So BVfGE 10,264 (267f); 9, 194 (199f); 11,232 (233).

92) Ähnlich KELLNER, aaO. (Fn.85) (für die Bevorzugung eines bestimmten, wirksameren Klagetyps); WENDT, DÖV 1963, 92 (gegen die Unterscheidung zwischen Anfechtungsklage und "sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts"); BACHOF, DRZ 1950,246f (in Bezug auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit); wohl auch OVG HAMBURG, aaO. (Fn.87); vgl. auch Fn.94f.

den "Zugang" zu den Gerichten, 93) sie umfaßt auch das "Fortschreiten" auf diesem "Weg", d.h. das ganze Verfahren bis zur Entscheidung 94) und der Vollstreckung. 95) Nur diese Auslegung entspricht der rechtsstaatlichen Forderung nach vollkommenem Rechtsschutz, denn dieser Rechtsschutz wird nicht nur durch eine (vollständige) Versagung, sondern auch durch eine für den Bürger ungünstige Ausgestaltung des Rechtswegs betroffen: 96) Neben Fällen, in denen der Rechtsschutz praktisch ausgeschaltet wird, 97 stehen andere, in denen die Ausgestaltung des Ver-

---

93) So aber - ohne nähere Begründung - VON MANGOLDT-KLEIN, Art. 19, VII 5 (S.574); WERNICKE, in BK, Art. 19, 4f; BVfGE 10,267.

94) NAUMANN, JZ 1951,208; LERCHE, ORW, S.34.

95) RUPP, AöR 85,325f m.w.N.; BACHOF, Vornahmeklage, S.164; vgl. auch BETTERMANN, Grundrechte III 2, S.805 (nur im Ergebnis abweichend).

96) Ein Teilbereich der Fragen der Ausgestaltung des Verfahrens wird von Art. 103 I GG geregelt. Es gibt aber durchaus Fragen der Verfahrensgestaltung, die nicht das rechtliche Gehör, sondern die Rechtsschutzgarantie selbst betreffen (s.z.B. Fn.98). Die Gegenüberstellung von Ausgestaltung (dafür Art. 103 I GG) und Eröffnung des Gerichtswegs (dafür Art. 19 IV GG) bei LERCHE, ZZP 78, 19, 23, erscheint deshalb vereinfacht. - Auch wenn man den Bereich des Art. 103 I GG in dieser Art ausdehnen wollte, würde diesem Artikel im Bereich der subordinationsrechtlichen Streitigkeiten wegen der hier vorhandenen Beziehung zu Art. 19 IV GG (vgl. dazu LERCHE, ZZP 78, 15ff) eine besondere Bedeutung zukommen.

97) z.B. durch zu kurzfristige Androhung einer Maßnahme (vgl. BVwGE 17, 83), u.U. aber schon dadurch, daß dem Bürger statt einer kassatorischen Gestaltungsklage nur eine vollstreckungsbedürftige Leistungsklage zur Verfügung steht.

fahrens den Bürger von wirksamem Rechtsschutz abhält. 98)

Allerdings steht der Rechtsweg "nicht schrankenlos 'offen'". 99) Nach der Rechtsprechung des BVfG 100) kann die Durchführung eines Prozesses rechtlich oder tatsächlich erschwert werden, wenn das im Interesse der Rechtssicherheit und eines geordneten Gangs der Rechtspflege erforderlich ist. Die herkömmlichen Grundsätze des Prozeßrechts zielen weitgehend auf die Verwirklichung dieser Interessen ab. Sie dienen damit ebenfalls dem Rechtsschutz des Bürgers. Diese Prozeßrechtssätze sind deshalb mit Art. 19 IV GG grundsätzlich vereinbar; sie verdeutlichen lediglich die immanenten Schranken 101) dieses Artikels. In der gleichen Entscheidung fährt das BVfG fort: 102) "Erst wenn durch solche Normen der Weg zu den Gerichten 103) in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert würde, wären sie mit Art. 19 IV 1 GG unvereinbar." Diese Formulierung scheint zu weit gefaßt und damit die Möglichkeit für einen effektiven Rechtsschutz zu sehr einzuengen. Das BVfG billigt hier dem Gesetzgeber eine zu weite Gestaltungsfreiheit zu, 104) weil es die Bedeutung des Art. 19 IV GG nicht voll aus-

98) z.B. von einer mit der Drohung einer Schadensersatzpflicht gem. § 123 III VwGO, § 945 ZPO verbundenen einstweiligen Anordnung an Stelle der (ungefährlichen) aufschiebenden Wirkung, vgl.o. S. 29 f; auch die von BACHOF, DRZ 1950, 246f -im konkreten Fall zu Unrecht- genannte ungünstige örtliche Zuständigkeit gehört hierher.

99) BVfGE 10, 267.

100) BVfGE 10, 264 (267); 9, 194 (199f).

101) Im Sinn von MAUNZ, § 14 I2 (S. 100).

102) BVfGE 10, 268.

103) Besser: die Durchführung eines Prozesses (vgl.o.).

104) Zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers vgl.u.S. 94.

schöpft. Eine Erschwerung kann hier nur aus solchen Gründen gerechtfertigt sein, die darauf abzielen, die Durchführung des Verfahrens zu sichern oder zu erleichtern. Nicht anzuerkennen wäre z.B. der Ausschluß der Berufungsinstanz nur mit dem Ziel, die OVGe (VGHe) zu entlasten, wenn er nicht zugleich auf Besonderheiten bestimmter Rechtsgebiete gestützt wird. 105)

Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes ist also auch für die Frage bedeutsam, in welcher Form im konkreten Fall Rechtsschutz gewährt wird, und damit auch für die Umgrenzung der einzelnen Klagetypen.

4.432 Wie schon erörtert, führt die Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz zur Ausdehnung des Bereichs der Anfechtungsklage auf ähnliche AHen. 106) Besonders die aufschiebende Wirkung (§ 80 VwGO) und die kassatorische Entscheidung (§ 113 I VwGO) der Anfechtungsklage sind viel wirksamer als die einstweilige Anordnung und die Vollstreckungsmöglichkeiten, auf die der Verletzte angewiesen ist, wenn er mit der hM bei Verletzung durch eine andere AH eine allgemeine Leistungsklage erhebt.

4.433 Für die Ausweitung der Verpflichtungsklage erscheint das Argument der Effektivität weniger zwingend. Allerdings ist die Versagungsgegenklage wegen ihrer Ähnlichkeit mit der Anfechtungsklage eine recht wirksame Klageform. Die aufschiebende Wirkung und das kassatorische Urteil dieser Klage sprechen unter dem Gesichtspunkt der Effektivität für eine Ausweitung auf andere AHen. Auch das Vorverfahren kann die Wirksamkeit des Rechtsschutzes steigern, ermöglicht es doch eine umfassende Überprüfung auch der Ermessensentscheidungen durch die Verwaltung. 107) Schwer wiegt dieses Argument jedoch nicht, denn diesem Vorteil steht eine Verzögerung

---

105) vgl. ULE, DVBl.1959,545 (in Bezug auf Art.3 I GG).

106) s.o. S. 29f.

107) Zum Zweck des Vorverfahrens vgl. u. S. 107.

des gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber. Die Natur der Verpflichtungsklage (und damit auch der Versagungsgegenklage) als Leistungsklage scheint auf eine weniger effektive Klageform hinzuweisen als sie mit der auf die Beseitigung einer verletzenden Maßnahme gerichteten Anfechtungsklage gegeben ist. Aber man darf den Unterschied zwischen der unmittelbar wirkenden kassatorischen Entscheidung und der bloßen Verpflichtung der Behörde im Verpflichtungsurteil nicht überschätzen: Für den Rechtsschutz ist die Verpflichtungsklage nicht weniger wichtig als die Anfechtungsklage, denn ein Unterlassen kann die Rechte ebenso stark beeinträchtigen wie ein Tun. Einzelne Bestimmungen lassen erkennen, daß auch bei der Verpflichtungsklage das Interesse an wirksamem Rechtsschutz weitgehend gewahrt ist, so bei der Regelung der örtlichen Zuständigkeit (§ 52 Nr. 2 und 3 VwGO), 108) beim Verbot der Widerklage (§ 89 II VwGO), 109) bei der Möglichkeit von Bescheidungsurteilen (§ 113 IV 2 VwGO) 110) und Feststellungsurteilen entspr. § 113 I 4 VwGO. 111) Diese Bestimmungen tragen der relativ schwachen Stellung des Bürgers im Verhältnis zur Verwaltung Rechnung; das Recht auf effektiven Rechtsschutz scheint daher nach einem ersten Überblick über die Ausgestaltung der Verpflichtungsklage für eine Ausweitung auch dieser Klage auf andere AHen zu sprechen. 112)

4.5 Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verfahren

4.51 Allgemeines

Die bisherigen Erörterungen - besonders auch zu Art. 19 IV GG - endeten alle mit dem Ergebnis, eine Einteilung der Klagetypen, die an das Vorliegen eines VAes anknüpfe, sei nicht gerecht-

108) s.u. S. 100.
109) s.u. S. 119 ff.
110) s.u. S. 121 f.
111) s.u. S. 122 f.
112) Ausführlicher s.u. S. 99 ff.

fertigt, wohl aber eine solche, die sich den Unterschied zwischen Sub- und Koordinationsverhältnis zu nutze macht. Darin war unausgesprochen oder ausdrücklich ein Hinweis auf den Gleichheitssatz enthalten. Dementsprechend wird der Gleichheitssatz meist als wesentliches Argument gegen die hM angeführt: Auf VAe und auf andere AHen bezogene Klagen müßten im Verwaltungsprozeß gleichbehandelt werden, Unterschiede seien nicht gerechtfertigt. 113) Dagegen seien Differenzierungen zwischen subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Verfahren geboten. 114) Bevor diese Behauptung im Einzelnen für die verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen nachgeprüft wird, muß festgestellt werden, daß der Gleichheitssatz auch für die Fragen der Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens und damit der Bildung und Abgrenzung bestimmter Klagetypen herangezogen werden kann. 115) Zu diesem Zweck sind allerdings zunächst einige Bedenken auszuräumen.

4.52 Anwendung des Gleichheitssatzes auf die Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens

4.521 Der Anwendung des Gleichheitssatzes steht nicht entgegen, daß es sich hier um sog. Sachgleichheiten handelt, die von einigen Autoren den für Art.3 I GG angeblich allein beachtlichen "Personengleichheiten" gegenübergestellt werden. 116)

113) BETTERMANN, NJW 1960,650; EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 14f, 17; LERCHE, Jschr.II, S.76; SCHWEICKHARDT, DÖV 1965, 799ff (799, 804); ebenso RUPP, Grundfragen, S.251; vgl. auch MENGER, VwArch.52,318.

114) EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 14, 17; LERCHE, Jschr.II, S.75f.

115) So ergibt sich aus Art.3 I GG z.B. der Grundsatz der Waffengleichheit im Prozeß (BLOMEYER, § 15); vgl. etwa auch ULE, DVBl.1959, 544f; BVfGE 4,205 (211); BVwGE 7,66 (74); v.2.10.1959, DVBl.1960,208 (209).

116) So z.B. JERUSALEM, NJW 1952, 47.

Es handelt sich hier in der Tat nicht um persönliche Merkmale, sondern um die dem einzelnen vom Staat zur Verfügung gestellten Verfahren zur Durchsetzung seiner Rechte. Aber mit Recht ist gegen diese Unterscheidung und die Folgerung daraus eingewandt worden, daß persönliche und sachliche Gesichtspunkt sich nicht voneinander trennen lassen, daß insbesondere auch sachliche Verhältnisse die Rechtsstellung des einzelnen Bürgers betreffen. 117)

4.522 Auch die weitgehend subsidiäre Geltung des Art.3 I GG 118) verbietet es nicht, die Ausgestaltung des Prozesses am Gleichheitssatz zu messen. Zwar ist für Rechtsschutzfragen zuerst Art.19 IV GG heranzuziehen. Aber selbst wenn man diesen so weit auslegt wie oben und auch für die Ausgestaltung des Verfahrens berücksichtigt, bleibt für eine Anwendung des Art.3 I GG noch Raum. Eine nicht genügend wirksame Ausgestaltung eines Verfahrens, die außerdem eine ungleiche Benachteiligung im Verhältnis zu anderen Verfahren darstellt, ist schon wegen des Verstoßes gegen Art.19 IV GG verfassungswidrig. Es gibt aber auch Fälle, in denen die Effektivität des Rechtsschutzes nicht beeinträchtigt wird, ein Verfahren - nach Art.19 IV GG - zulässige Erschwerungen enthält, die in einem anderen, vergleichbaren Verfahren fehlen: Hier kann Art.3 I GG verletzt sein.

---

117) IPSEN, Grundrechte II, S.185; BÖCKENFÖRDE, S.45ff; ebenso HAMANN, Art.3, B 2a, 4a, der mit Recht das Erfordernis einer Beziehung auf bestimmte Personen oder Gruppen hervorhebt.

118) SALZWEDEL, Festschrift für JAHRREISS, S.342f; LERCHE, AöR 90,358 (beide sprechen von der "akzessorischen" Natur des Art.3 I GG); HAMANN, Art.3, A 4; IPSEN, Grundrechte II, S.182, 190; VON MANGOLDT-KLEIN, Art. 3, III 4c (S.201).

4.523 Will man den Gleichheitssatz auf Gesetze anwenden, dann muß man allerdings die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers 119) beachten. Diese beruht auf der relativ 120) selbständigen Stellung des Gesetzgebers in unserem Verfassungssystem. Sie reicht je nach der Bedeutung der betroffenen Verfassungsnorm -hier des Grundrechts- verschieden weit. 121) Wegen dieser bei Art.3 I GG relativ großen Gestaltungsfreiheit kann eine Verletzung des Gleichheitssatzes nur dann angenommen werden, "wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung ... nicht finden läßt." 122)

4.53 Differenzierungen in Zivil- und Verwaltungsprozeß

4.531 Die Differenzierungen im Zivilprozeßrecht entsprechen dieser Auslegung des Gleichheitssatzes. Die Unterschiede zwischen den gewöhnlichen Zivilprozeßverfahren und z.B. den Bagatellsachen 123) oder den Verfahren bezüglich besonderer Sachgebiete, wie den Ehe- und Kindschaftssachen, sind sachlich gerechtfertigt.

4.532 Schon die bisherigen Erörterungen zeigen, daß diese Unterscheidungen für den Verwaltungsprozeß - besonders für die Differenzierung zwischen VA-bezogenen und nicht-VA-bezogenen Klagen - kein Vorbild abgeben. So leuchtet ohne weiteres ein, daß die Unterscheidung zwischen diesen beiden Klagearten nicht mit der Unterscheidung zwischen gewöhnlichen Zivilprozessen und Ba-

119) HAMANN, Art.3, B 4a; HESSE, S.166; vgl. besonders die Nachweise aus der Rechtsprechung des BVfG bei LEIBHOLZ-RINCK, Art.3, 10.

120) vgl. HAMANN, Einf. I D 7a; LERCHE, AöR 90,341ff (passim).

121) vgl. BVfGE 7,377 (400,404).

122) LEIBHOLZ, S.245; vgl. auch die Nachweise bei LEIBHOLZ-RINCK, Art.3, 9.

123) ULE, DVBl.1959, 545; BVfGE 4,387 (411).

gatellsachen in Verbindung gebracht werden kann, 124) denn die Schwere des Eingriffs ist kein Kriterium des VA-Begriffs: Es gibt AHen, die starke Rechtsverletzungen bewirken, und VAe, die nur eine gringfügige Beeinträchtigung auslösen. 125)

Die Verwendung des VAes als Differenzierungsmerkmal kann auch nicht mit dessen angeblichen Rechtswert begründet werden. Der Wert, der dem VA für den Bürger beigelegt wird, rechtfertigt eine besondere verfahrensrechtliche Behandlung des VAes nicht, er gibt dem VA kein besonderes Gewicht. Soweit dem Bürger eine besonders geschützte Stellung eingeräumt ist - diese knüpft nach richtiger Auffassung ohnehin nicht an das Vorliegen eines VAes an 126) - besteht der Schutz nur gegenüber der Verwaltung, eine prozessuale Sonderstellung z.B. bei Klagen Dritter wird nicht behauptet. Für den Rechtsschutz des Bürgers kommt es dabei allein auf die - von der Rechtsnatur der Maßnahme unabhängige - Rechtsverletzung 127) und auf die einheitliche Struktur des geltend gemachten Rechts an. 128) Betrachtet man den Wert des VAes für die Verwaltung, dann ist zunächst darauf hinzuweisen, daß Art. 19 IV GG den Rechtsschutz des Bürgers in den Vordergrund stellt, Verwaltungsinteressen aber nicht erwähnt. Diese treten gegenüber dem Interesse an - effektivem - Rechtsschutz zurück, wären aber als sachgerechtes Differenzierungsmerkmal nicht unbeachtlich. Wie schon erörtert 129) kann der angeblich besondere Wert des VAes für

124) vgl. aber z.B. NAUMANN, Jschr. II, S. 378, der offenbar von dem Gedanken ausgeht, nur belastende VAe verdienten einen besonders effektiven Rechtsschutz.

125) vgl. z.B. -in anderem Zusammenhang- QUARITSCH, VwArch. 51, 366.

126) s.o. S. 45 f.

127) vgl. o. S. 83 ff.

128) s. hierzu vor allem RUPP, Grundfragen, S. 249-251; der von RUPP (aaO., S. 153ff) zugrundegelegte -an die Verletzung des status anknüpfende- Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts zeigt dies besonders deutlich, ist aber hierfür nicht entscheidend und daher nicht zu erörtern.

129) S. 34 ff, 55 f.

die Verwaltung eine prozessuale Sonderbehandlung VA-bezogener Klagen jedoch nicht rechtfertigen.

Auch der Blick auf die (für bestimmte Sachgebiete) besonders gestalteten zivilprozessualen Verfahren läßt keine geeigneten Differenzierungsmerkmale erkennen. Die große Einteilung in ordnende und Leistungsverwaltung entspricht nicht einer die anderen Mittel ausschließenden Aufteilung der Verwaltungsmittel, 130) so daß sie keine Begründung für eine Einteilung in VA-bezogene und nicht-VA-bezogene Klagen ergibt. Die genannte Einteilung nach der Funktion der Verwaltung legt auch keine anderen Gesichtspunkte für eine differenzierte prozessuale Behandlung der Klagen aus den beiden Bereichen nahe, vor allem gibt es auch hier keine Unterschiede im Ausmaß der Rechtsbeeinträchtigung. 131) Die Sonderbehandlung einzelner Sachgebiete des Verwaltungsrechts bezieht sich nur auf einzelne Punkte, z.B. auf die Beschränkung des Instanzenzugs 132) oder die Ausweitung des Vorverfahrens, 133) sie ergibt keine allgemein gültigen Differenzierungsgesichtspunkte.

Schließlich erscheint es auch nicht sachgerecht, für eine Einteilung der Klagen auf die Person des Beklagten abzustellen und z.B. zwischen Verwaltungs- und Bürgerverurteilungsklagen zu unterscheiden. 134) Wesentlich ist hier nicht die Be-

130) vgl. dazu z.B. WOLFF III, § 137 IIb (S.124) und o. S. 51 ff.

131) Die Vorenthaltung einer Leistung kann den Bürger genauso schwer treffen wie ein herkömmlicher "Eingriff"; vgl. dazu z.B. MALLMANN, VVDStRL 19,191; STEIN, AöR 86,322f m.w.N.

132) z.B. in Wehrpflichtsachen (§ 34 WehrpflG). Weitere Beispiele s. bei ULE, DVBl. 1959, 545.

133) z.B. für beamtenrechtliche Klagen gem. §§ 191 I VwGO, 126 III BRRG.

teiligung des Staates oder des Bürgers und deren Parteistellung, sondern die Stellung der Parteien im konkreten Fall: Entscheidend ist, ob der Staat als Hoheitsträger oder in einer gleichgeordneten Stellung beteiligt ist, z.B. ob er auf Erlaß eines VAes oder auf Erfüllung eines verwaltungsrechtlichen Vertrages verklagt wird. Das zeigt auch die Ausgestaltung der Klagen: z.B. stellt die Gerichtsstandsregelung (§ 52 VwGO) 135) nicht auf die Tatsache ab, daß der Staat Beklagter ist, sondern darauf, in welcher Funktion - und damit: in welcher Stellung - er beteiligt ist. 136) Denn allein das Subordinationsverhältnis erfordert eine besondere Ausgestaltung des Verfahrens. In diesem Bereich sind die Interessen des Bürgers besonders schutzwürdig; bedeutungslos ist aber auch das öffentliche Interesse an einer gut funktionierenden Verwaltung hier nicht. Die einzelnen Vorschriften versuchen beide Interessen schon im Prozeß zu berücksichtigen. Dagegen geht das koordinationsrechtliche Verfahren von der formalen Gleichheit beider Parteien aus: Hier nutzt der Staat die der Überordnung entsprechenden Befugnisse nicht, hier verdient weder der Bürger noch der Staat einen besonderen Schutz. 137)

4.533 Schon die bisherigen Erörterungen zeigen, daß sich - auch i.S. der engen, an der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers orientierten Auslegung des Gleichheitssatzes - kein einleuchtender Grund für eine VA-bezogene Klageneinteilung finden läßt. Daß für die Einteilung der Klagearten allein die Unterscheidung zwischen koordinationsrechtlichen und subordinationsrechtlichen Verfahren sachgerecht erscheint und daß deshalb die Leistungsklage in einen subordinationsrechtlichen und einen koordinationsrechtlichen Klagetyp aufzuteilen ist, soll außerdem mit der folgenden Untersuchung der Ausgestaltung der Leistungs-

134) So HOLLAND, Diss., S. 26f.
135) Auf dieses Beispiel stützt sich auch HOLLAND, aaO.
136) Dazu s. u. S. 100 f.
137) vgl. LERCHE, Jschr.II, S.78.

klagen nachgewiesen werden.

4.54 Auswirkung der Art.3 I und 19 IV GG auf die Auslegung der VwGO

Mißt man die Prozeßrechtssätze an der Verfassung (hier an Art.3 I und 19 IV GG), dann sind verschiedene Folgerungen möglich: Wird ein Verfassungsverstoß festgestellt, dann kann diese Feststellung nur ein negatives Ergebnis haben: die Regelung wäre nichtig. 138) Dann käme nur noch der komplizierte und umständliche Weg einer Ausfüllung der durch die Nichtigkeit entstandenen Lücke durch aus Art. 3 I und 19 IV GG zu entwickelnde Grundsätze und mit diesen Artikeln vereinbare Analogien in Betracht. 139) Zu einem positiven Ergebnis würde dagegen der Weg einer an Art.3 I und 19 IV GG orientierten verfassungskonformen Auslegung der gesetzlichen Regelung führen. 140) Dieser Weg wäre dem Ziel der Ausweitung von Verpflichtungs- und Anfechtungsklage angemessener als die Feststellung der Nichtigkeit; er ist auch dogmatisch eher zu beschreiten. Die verfassungskonforme Auslegung ist nur möglich, wenn der Wortlaut oder der Zweck des Gesetzes nicht entgegenstehen. 141) Eine solche Auslegung mit dem Ziel der Ausweitung der Verpflichtungs- und der Anfechtungsklage auf alle AHen ist hier jedoch nicht ausgeschlossen, denn der VA-Begriff ist nicht eindeutig, 142) und das Rechtsschutzziel der verwaltungsgerichtlichen Kla-

138) SALZWEDEL, Festschrift für JAHRREISS, S.343f; LERCHE, AöR 90,361f.

139) vgl. BVfGE 3,225 (239ff, 242ff) über die Anwendung des Art. 3 II GG nach dem 1.4.1953.

140) Im Ergebnis ebenso: MAUNZ-DÜRIG, Art. 19 IV, 24 cc (S. 14); zur verfassungskonformen Auslegung allgemein: MAUNZ-DÜRIG, Art.20,67ff; HAAK, bes. S.184-235.

141) LEIBHOLZ-RINCK, Einf., 4.

142) s.o. S. 16 ff.

gen erfordert keine bevorzugte prozessuale Behandlung des VAes, es ist vielmehr mit der subordinationsrechtlichen Rechtsverletzung verbunden.

4.6 Die Ausgestaltung der Leistungsklagen

4.61 Allgemeines

Nachdem die Bedeutung von Art. 19 IV GG und Art. 3 I GG für die Einteilung der Leistungsklagen allgemein behandelt worden ist, muß jetzt die Ausgestaltung dieser Klagetypen im einzelnen erörtert werden: wichtige Sachentscheidungsvoraussetzungen, mit dem Streitgegenstand, dem Urteil und der Vollstreckung zusammenhängende Fragen und schließlich Verfahrensgrundsätze mit ihren Auswirkungen. Ausgangspunkt ist dabei fast immer die Regelung der Verpflichtungsklage in der VwGO. Dazu stellen sich dann zwei Fragen, die durch Auslegung der gesetzlichen Regelung (auch mit Blick auf die genannten GG-Artikel) zu lösen sind: 1. ob die Regelung der Verpflichtungsklage nur auf VA-bezogene Leistungsklagen anwendbar ist und 2. ob - bei einer Ausweitung - subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Leistungsklagen verschieden zu behandeln sind. 143)

Diese differenzierte Betrachtung einzelner Sachentscheidungsvoraussetzungen und Verfahrensvorschriften kann nicht mit der pauschalen Behauptung als überflüssig abgelehnt werden, die Vorschriften der VwGO bezögen sich nur auf die Verpflichtungsklage i.e.S., sie seien daher auf andere Leistungsklagen nicht anzuwenden. 144) Zwar ist die Verpflichtungsklage tatsächlich die einzige

---

143) Die Betrachtung führt hier also vom (behaupteten) Klagetyp der Verpflichtungsklage i.e.S. auf andere Klagetypen (subordinationsrechtliche, koordinationsrechtliche Leistungsklage) und kann damit neben Argumenten für die Einteilung der Klagetypen auch Argumente für die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verfahrenstypen (vgl. o. S. 75f) ergeben.

144) So aber z.B. SCHUNCK-DE CLERCK, § 42, 4d (S.237).

in der VwGO genauer ausgestaltete Leistungsklage; aber daraus folgt nicht, daß alle Bestimmungen allein für die Verpflichtungsklage geeignet seien. Es liegt vielmehr nahe, für die Ausgestaltung anderer Leistungsklagen zunächst auf die Vorschriften für die Verpflichtungsklage zurückzugreifen.

4.62 Sachentscheidungsvoraussetzungen

4.621 Zu beginnen ist mit der in § 52 VwGO 145) enthaltenen Regelung der örtlichen Zuständigkeit: Neben dem Gerichtsstand der belegenen Sache (§ 52 Nr.1; vgl. §§ 24, 26 ZPO) und einem besonderen Gerichtsstand für Beamtensachen (§ 52 Nr.4) enthält das Gesetz zwei Nummern (Nr. 2 und 3) über die Zuständigkeit bei der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage, um alle übrigen Fälle dem allgemeinen Gerichtsstand der Nr.5 zuzuweisen. In § 52 Nr. 2 wird bei Bundesbehörden auf deren Sitz, in Nr. 3 auf den VG-Bezirk, in dem der VA erlassen wurde, beziehungsweise auf den Wohnsitz des Beschwerten abgestellt. Nr. 5 knüpft allgemein an den Wohnsitz des Beklagten an. Besondere Unterschiede ergeben sich dabei zwischen Nr. 3 und Nr. 5 bei Zuständigkeit der (Landes-) Behörde für mehrere Bezirke.

Zweck der Nr.2 ist es, die Verwaltungsprozesse der Bundesbehörden zu konzentrieren, weil für diese Prozesse besondere Sachkunde erforderlich sei; 146) Nr. 3 zielt darauf ab, für Prozesse um Maßnahmen der übrigen Behörden dem Betroffenen möglichst nahe zu kommen, 147) um ihn nicht durch die

---

145) §§ ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich im folgenden auf die VwGO.

146) Begr. zu § 53 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.35.

147) Begr. zu § 53 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.35f; EYERMANN-FRÖHLER, § 52, 17.

Gerichtsstandsregelung gegenüber dem Staat zu benachteiligen. Die besondere Berücksichtigung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in § 52 beruht auf der Vorstellung des Gesetzgebers, diese Klagen seien die häufigsten, für die anderen Klagen sei eine derart differenzierte Regelung nicht erforderlich. 148) Dabei hat der Gesetzgeber - wie sich allgemein aus dem Fehlen besonderer Regeln für sie ergibt - 149) die Bedeutung der anderen Leistungsklagen unterschätzt. Aber auch in Bezug auf andere AHen ist eine Zuständigkeitsregelung sinnvoll, die eine Zusammenfassung der komplizierten Rechts- und Sachfragen einerseits 150) verbunden mit weitgehender Ortsnähe des VG im Interesse des Bürgers andererseits, anstrebt. Eine an Art.19 IV GG orientierte Auslegung des § 52 Nr.2 und 3 spricht daher nicht für eine Beschränkung dieser Regelung auf VA-bezogene Klagen, 151) sondern für eine Ausweitung auf alle subordinationsrechtlichen Klagen. Für koordinationsrechtliche Leistungsklagen muß es dagegen bei der Regelung des § 52 Nr. 5 bleiben, denn insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie im Zivilprozeßrecht (§ 12f ZPO): Die mit der auswärtigen Prozeßführung verbundene Last soll den Kläger vor der Klageerhebung noch einmal zu der Überlegung zwingen, ob er einen Prozeß führen will; 152) hier besteht kein Grund, die Stellung des Klägers wie im Subordinationsverhältnis zu verbessern.

148) Meist wird die Anwendung der Nr.2 und 3 auf andere Leistungsklagen abgelehnt; so SCHUNCK-DE CLERCK, § 52, 6; ULE, § 52, III, VI; REDEKER VON ÖRTZEN, § 52, 14.

149) vgl. o. S. 7.

150) Es wäre ein Irrtum anzunehmen, die auf andere AHen bezogenen Fragen seien generell einfacher; vgl. o. S. 94.

151) Ebenso SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,802.

152) LENT-JAUERNIG, § 10 III.

4.622 Die Anwendbarkeit der Sachentscheidungsvoraussetzung des § 42 II auf andere Leistungsklagen wird meist bejaht, 153) nicht selten aber auch verneint. 154) Unbestrittener Zweck des § 42 II ist, Popularklagen auszuschließen. 155) Unbestritten ist auch die Parallele zu Art.19 IV GG, 156) wobei allerdings § 42 II für die Zulässigkeit der Klage die Behauptung einer Verletzung genügen läßt. Nicht geklärt ist die Rechtsnatur dieser Sachentscheidungsvoraussetzung; man spricht meist von "Klagebefugnis", 157) denkt dabei aber entweder an das Prozeßführungsrecht 158) oder an das Rechtsschutzbedürfnis. 159) Das Prozeßführungsrecht - als Recht,

---

153) HEGEL, DÖV 1965,416; KELLNER, DÖV 1963,420; MENGER, VwArch.53,185 (für vorbeugende Unterlassungsklagen); RAUTENBERG-VOIGT, DÖV 1964,261; SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,801; SCHUNCK-DE CLERCK, § 42, 4c; OVG HAMBURG v.23.9.1960, JZ 1961,165f; VG KÖLN v.24.9.1964, DVBl.1965,882; VG FRANKFURT (M) v.1.3.1966, DVBl. 1966,383.

154) FICHTMÜLLER, Diss., S.88ff, 92f; HOLLAND, Diss., S.50; BETTERMANN, DVBl.1965,366; wohl auch BVwGE 14, 328f (das § 42 II oder eine ähnliche Voraussetzung nicht erwähnt); für die Sozialgerichtsbarkeit: PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 54 SGG, 2d.

155) s. z.B. BVwGE 19,271; RAUTENBERG-VOIGT, DÖV 1964, 261f; SCHWEICKHARDT, aa0.(Fn.153); Begr. zu § 41 EVwG0, BT-Drucks.55/III, S.32.

156) BVwG, aa0.; HOFFMANN, VwArch.53,302; RAUTENBERG-VOIGT, aa0. (Fn.155).

157) z.B. ULE, § 42, III(S.121); RUPP, AöR 85, 307.

158) LÜKE, AöR 84,217ff; RUPP, AöR 85, 308ff; vgl. auch SPANNER, Festschrift für JAHRREIß, S.415.

159) HOFFMANN, VwArch.53,311ff; BRÄUTIGAM, DÖV 1960, 387; vgl. MENGER, System, S.122 und VwArch.55, 186.

einen bestimmten Prozeß als richtige Partei zu führen 160) - ist im Zivilprozeßrecht nur dann von Bedeutung, wenn der Kläger ein fremdes Recht geltend machen will. 161) Das Rechtsschutzbedürfnis - als Interesse des Klägers an einer gerichtlichen Entscheidung 162) - wird zwar im Zivilprozeß oft als allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzung für jeden Prozeß angesehen, 163) ist aber in dieser umfassenden Bedeutung auch nicht unbestritten. 164) § 42 II richtet sich grundsätzlich nicht dagegen, daß der Kläger versucht, die Rechte anderer Personen geltend zu machen; diese Sachentscheidungsvoraussetzung soll vielmehr i.d.R. ein Sieb für die Fälle bilden, in denen ein als Individualrecht nicht bestehendes Recht behauptet wird: Sie ist deshalb als besondere Normierung des Rechtsschutzbedürfnisses anzusehen: 165) Es sollen im Interesse der Gerichte und der Verwaltung (der Klagegegnerin im gewöhnlichen Verwaltungsprozeß) möglichst viele Prozesse schon an der Zulässigkeitsschranke ausgeschieden werden. 166)

160) BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundzüge 4 vor § 50 ZPO.
161) STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, II 1 vor § 50 ZPO; DIEDERICHSEN, ZZP 76,420.
162) THOMAS-PUTZO, III A 1 vor § 253 ZPO.
163) BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundzüge 5 vor § 253.
164) BLOMEYER, § 30 X (S.149).
165) vgl. auch die Begründung von HOFFMANN, VwArch.53, 311ff.
166) RUPP, Grundfragen, S.250f, kritisiert diese Motivation des § 42 II, diese Bestimmung diene weder der Prozeßökonomie noch sei sie mit der Funktion des Verwaltungsprozesses als Mittel des subjektiven Rechtsschutzes vereinbar. Hier ist aber von der genannten Zielsetzung des § 42 II auszugehen; auch läßt sich § 42 II als besondere Normierung des Rechtsschutzbedürfnisses durchaus mit der (richtigen) Auffassung vereinbaren, der Verwaltungsprozeß diene der Durchsetzung subjektiver Rechte (vgl. dazu o. S. 85). Ob § 42 II de lege ferenda gestrichen werden sollte, ist hier nicht zu entscheiden.

Dieser Zweck des § 42 II ist nicht auf VA-bezogene Klagen beschränkt: Die Gerichte sind allgemein an der Ausscheidung von Prozessen interessiert, denen das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Das gleiche gilt für die Verwaltung. § 42 II soll nicht als besonders weit vorgeschobene Schranke dem Schutz einer bestimmten Verwaltungshandlung - des VAes - dienen, 167) die Sachentscheidungsvoraussetzung des besonderen Rechtsschutzbedürfnisses soll vielmehr vermeiden, daß die Verwaltung in ihrer gesamten Tätigkeit nicht unnütz durch Klagen belastet wird. Allerdings ist diese Sachentscheidungsvoraussetzung auf subordinationsrechtliche Klagen zu beschränken; für die koordinationsrechtliche Leistungsklage paßt sie nicht. 168) Soweit diese Klage gegen den Bürger gerichtet ist, kommt eine Rechtsverletzung durch den Staat nicht in Betracht. 169) Aber auch die koordinationsrechtliche Leistungsklage gegen den Staat unterliegt nicht den Voraussetzungen des § 42 II. Das zeigt schon die Parallele zwischen § 42 II und Art.19 IV GG: Beide Vorschriften beziehen sich nur auf das Subordinationsverhältnis. 170) Im Koordinationsverhältnis stehen Staat und Bürger auf der gleichen Stufe. Eine besondere Privilegierung des Staates als Klagegegner ist hier nicht zulässig: Sie wäre mit der (im konkreten Fall bestehen-

---

167) Diese Betrachtungsweise wäre in der Tat mit der eben (Fn.166) erwähnten Auffassung über das Wesen des Verwaltungsprozesses nicht vereinbar.

168) a.M. SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,801.

169) HOLLAND, Diss., S.50.

170) vgl. für Art.19 IV GG o. S. 80 ff. - Auch die anderen Klagen, bei denen die Möglichkeit einer "Popularklage" diskutiert wird, sind subordinationsrechtliche Klagen: so die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle (im Normalfall; vgl. § 47 VwGO) und die Verfassungsbeschwerde (§ 90 BVfGG; Art.120 BV).

den) Gleichordnung nicht vereinbar. Klagen aus demselben Koordinationsverhältnis würden in ihrer Behandlung danach unterschieden, welcher Beteiligte zuerst Klage erhebt. Der Staat würde außer den Vorteilen der Koordination auch die Vorteile seiner grundsätzlich übergeordneten Stellung in Anspruch nehmen. 171) Das Interesse der Gerichte, auch hier möglichst wenig belastet zu werden, kann die Anwendung des § 42 II im Koordinationsverhältnis allein nicht rechtfertigen. Für die Sachentscheidungsvoraussetzung des § 42 II ergibt danach schon die teleologische Auslegung eine Gleichbehandlung aller subordinationsrechtlichen Leistungsklagen (d.h. die Anwendung dieser Bestimmung auf alle subordinationsrechtlichen Leistungsklagen), während die andersartige koordinationsrechtliche Leistungsklage - dem Gleichheitssatz entsprechend - nicht einbezogen werden kann (so daß § 42 II hier nicht anwendbar ist). 172)

4.623 Die wichtigste für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in Anspruch genommene Besonderheit ist die Sachentscheidungsvoraussetzung 173) des (erfolglosen) Vorverfahrens (§§ 68ff, 75f). Ihre Bedeutung wird nicht dadurch gemindert, daß das Vorverfahren wie alle Sachentscheidungsvoraussetzungen bis zum Ende der mündlichen Verhandlung nachholbar ist; 174) dagegen ist die der Bedeutung dieser Voraussetzung wirklich ab-

---

171) vgl. o. bei Fn. 137

172) s. allerdings u. S. 166f zur begrenzten Bedeutung des § 42 II für die subordinationsrechtliche Leistungsklage.

173) Das Erfordernis eines (erfolglosen) Vorverfahrens wird von der hM zutreffend als Sachentscheidungsvoraussetzung angesehen: EYERMANN-FRÖHLER, § 68, 2; ULE, § 68, I (S.250); a.M. REDEKER-VON OERTZEN, § 68, 5.

174) EYERMANN-FRÖHLER, § 68, 2; MENGER, VwArch.54, 403.

trägliche Meinung, Klageerhebung und -erwiderung könnten zugleich als Widerspruch und Widerspruchsbescheid angesehen werden, 175) mit Recht weitgehend abgelehnt worden. 176) Für die Beschränkung dieser Sachentscheidungsvoraussetzung auf Anfechtungs- und Versagungsgegenklage 177) läßt sich auch hier der Wortlaut heranziehen, diesmal nicht nur der der maßgeblichen §§ 68ff und 75f, sondern auch die Bezeichnung des 8. Abschnitts der VwGO und schließlich, mit einem - nicht sehr zwingenden - argumentum e contrario die Regelung des § 191 I (die Ausdehnung des Vorverfahrens auf alle beamtenrechtlichen Klagen). 178) Schwerer wiegt die Behauptung, das Vorverfahren passe nur für VAe. 179) Ob sie rich-

175) So - für Sonderfälle - BVwGE 15,306(310) m.w.N.; auch BVwG v. 7.5.1965, NJW 1965,1731 (1732) (dort wird auf das Verhalten der Verwaltungsbehörde "vor und während des gerichtlichen Verfahrens" abgestellt); vgl. REDEKER-VON OERTZEN, § 68, 4.

176) EYERMANN-FRÖHLER, § 68, 2; ULE, § 68, I (S.250f); MENGER, VwArch.54,402f; STICH, DVBl.1960,380.

177) So HOLLAND, Diss., S.33; MENGER, Gschr. für JELLINEK, S.356; RAUTENBERG-VOIGT, DÖV 1964,263; ULE, Verwaltungsprozeßrecht, S.78; VG KÖLN v. 24.9.1964, DVBl. 1965,883.

178) RUPP, AöR 85,306f; HOLLAND, Diss., S.51.

179) MENGER, Gschr. für JELLINEK, S.356; FICHTMÜLLER, JuS 1965,354; HOLLAND, Diss., S.38; VG KÖLN v.24.9. 1964, aaO. (Fn.177). - Irreführend sind die Bemerkungen FICHTMÜLLERs (Diss., S.72; JuS 1965,354), das Widerspruchsverfahren schließe ein verwaltungsinternes Rechtsbehelfsverfahren ein, und dieses sei auf die "materiell-rechtlich ausgebildeten Begriffe der Anfechtbarkeit und des VAes" ausgerichtet. Allerdings vereinigt das Widerspruchsverfahren die Funktionen eines verwaltungsinternen Rechtsbehelfsverfahrens und eines verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens in

tig ist, läßt sich nur beantworten, wenn man sich den Zweck des Vorverfahrens vergegenwärtigt: 180) Entlastung der Verwaltungsgerichte, Schutz der Verwaltungsbehörden vor unnötigen Prozessen und - nicht zuletzt - Begünstigung des Bürgers, denn das Vorverfahren wird ihm in vielen Fällen schneller zum Erfolg helfen, 181) und nur dieses Vorverfahren (nicht der Prozeß) gewährt ihm eine volle Überprüfung von Ermessensentscheidungen. Die mit dem Erfordernis des Vorverfahrens verbundene Verzögerung auf dem Weg zu einer gerichtlichen Entscheidung wird durch die eben genannten Vorteile aufgewogen. 182) Diese Vorzüge des Vorverfahrens sind auch ein Grund, aus dem seine Anwendung auf die sogenannten nachträglichen Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen entsprechend § 113 I

Zu 179) sich. Aber auch nach FICHTMÜLLER (Diss., S.91f, 85) ist das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren nicht auf VAe i.e.S. bezogen. Dann liegt es jedoch viel näher, für den Schluß auf das Widerspruchsverfahren als ganzes dessen wichtigere Funktion als gerichtliches Vorverfahren heranzuziehen; das von FICHTMÜLLER herangezogene Rechtsbehelfsverfahren kann die Bedeutung des VAes gerade für den Prozeß nicht begründen.

180) s. z.B. BETTERMANN, DVBl. 1959,308ff(311); SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,801; SPANNER, DVBl. 1964,846; vgl. auch BVwGE 15,306(310); Begr. zu § 70 EVwGO, BT-Drucks. 55/III, S.38.

181) Dabei wird die drohende Klage die Verwaltung an die nötige Sorgfalt erinnern.

182) BVwGE 7,39(44); vgl. auch Begr. zu § 70 EVwGO,aaO.; fragwürdig erscheint die Auffassung FICHTMÜLLERs, Diss., S.85, allein die Funktion des Vorverfahrens, die Gerichte zu entlasten, rechtfertige die Verzögerung, vgl. dazu o.S.89 f.

4 183) gefordert wird. 184) Danach ergeben sich folgende Fragen: Können sich die Vorzüge des Vorverfahrens nur auswirken, wenn dieses VAe zu Gegenstand hat? Ist bei anderen AHen eine schnellere Entscheidung - nur durch das Gericht - ausreichend oder besonders dringend; ist die Überprüfung von Ermessensentscheidungen hier nicht erforderlich?

Eine schnellere gerichtliche Entscheidung wäre gerechtfertigt, wenn die Rechtsverletzungen durch andere AHen leichter zu erkennen wären als bei VAen oder wenn sie generell leichter (also: kürzeres Verfahren) oder generell schwerer (also: besonders schneller Gerichtsschutz) wögen als Rechtsverletzungen durch VAe. Es wurde schon oben festgestellt, daß sich solche Regeln nicht aufstellen lassen. 185) Eine Beschränkung des Vorverfahrens auf VA-bezogene Klagen kann auch nicht mit dem angeblich besonderen Rechtswert des VAes begründet werden. 186) Die vollständige Nachprüfung von Ermessenshandlungen ist bei AHen ebenso wichtig wie bei VAen. Schließlich ist auch das Ziel, im Interesse der Verwaltungsgerichte und -behörden die Zahl der Prozesse zu beschränken, nicht auf VA-bezogene Strei-

183) Die Zulässigkeit dieser Klage wird heute herrschend bejaht: EYERMANN-FRÖHLER, § 113,51; WOLFF III, § 172 III c (S.401).

184) EYERMANN-FRÖHLER, aa0.; ebenso (aber ohne dieses Motiv) OBERMAYER, in MANG u.a., S.247; a.M. ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 45 II(S.171) und BVwG v.9.2. 1967, DVBl.1967,379(381).

185) s.o. S. 94 f.

186) s.o. S. 34ff. - Auch in der Behauptung HOLLANDs (Diss., S.33f), die Verwaltungsbehörde solle die Möglichkeit haben, ihre mit staatlicher Autorität versehene Entscheidung erneut zu überprüfen, bevor ein Gericht mit der Frage befaßt werde, klingt die überholte Auffassung an, der VA beruhe auf der Autorität der Staatsverwaltung.

tigkeiten beschränkt. Die Behauptung, das Vorverfahren sei nur auf die Überprüfung von VAen zugeschnitten, bleibt also unbewiesen. 187) Der Zweck des Vorverfahrens spricht vielmehr klar für die Gleichbehandlung von auf VAe und auf AHen bezogenen Klagen, d.h. für eine Ausweitung dieser Sachentscheidungsvoraussetzung auf andere Leistungsklagen. 188)

Diese Ausweitung ist jedoch auf subordinationsrechtliche Klagen beschränkt. Die §§ 68ff, 75f sind auf koordinationsrechtliche Leistungsklagen nicht anwendbar, 189) denn diese unterscheiden sich auch hier wesentlich von allen subordinationsrechtlichen Leistungsklagen. Für die "Bürgerverurteilungsklagen" 190) scheidet die Anwendung schon deshalb aus, weil das Vorverfahren vom Staat als Klagegegner ausgeht. Für die koordinationsrechtlichen"Verwaltungsverurteilungsklagen" 190) wäre zwar durch ein Vorverfahren auch eine Entlastung der Gerichte denkbar; eine dem Prozeß vorgeschaltete Überprüfung des Verhaltens nur eines der (gleichgeordneten) Beteiligten wäre jedoch mit der Gleichordnung nicht vereinbar. Hier folgt aus dem Gleichheitsgrundsatz, daß der andere Beteiligte diese Verzögerung des gerichtlichen Rechtsschutzes nicht hinnehmen muß. 191)

187) Auch § 191 I zeigt, daß das Vorverfahren nicht nur bei VA-bezogenen Klagen sinnvoll ist.

188) EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 14; FICHTMÜLLER, Diss., S. 91ff; SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,801; LERCHE, Jschr. II, S.76, 78.

189) EYERMANN-FRÖHLER, aa0., LERCHE, aa0., S.78; BAY. VGH E 16,108(110); vgl. auch MENGER, System, S. 221f. - Auch § 191 I betrifft wohl nur subordinationsrechtliche Klagen.

190) i. S. von HOLLAND, Diss., S.27; dazu s.o.S. 96 f.

191) vgl. BLOMEYER, § 15 (S.71). Im Subordinationsverhältnis ist dagegen wegen der besonderen Stellung der Parteien und des Zweckes des Vorverfahrens eine Differenzierung gerechtfertigt; vgl. dazu auch o. S. 97.

Der Bürger hätte regelmäßig keinen Vorteil davon, daß die Verwaltung ihre Haltung erneut prüfen müßte; für eine Ermessensbetätigung einer Partei des Koordinationsverhältnisses wird regelmäßig kein Raum sein.

4.624 Bei der Betrachtung der Verbindlichkeit des VAes sind die mit der Widerspruchs- und Klagefrist (§§ 70, 74 ff) zusammenhängenden Fragen schon weitgehend erörtert worden. 192) Diese Sachentscheidungsvoraussetzungen 193) sind deshalb hier nur kurz zu behandeln. Es wurde schon festgestellt, 194) daß die Fristen nicht Ausdruck eines besonderen, etwa nur dem VA zukommenden Rechtswerts sind und daß die Verbindlichkeit des VAes an vielen Stellen von der Praxis durchbrochen worden ist. Diese Befristung des Rechtsschutzes baut vielmehr wie jede andere Fristregelung auf dem allgemeinen Gedanken auf, daß nach einer bestimmten Zeit Rechtsfrieden und damit Rechtssicherheit bestehen soll, auch zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit. 195) Das bedeutet hier: Die Verwaltungsbehörden haben ein Interesse daran, ihre AHen nicht immer wieder von neuem prüfen und damit ihre anderen Aufgaben zurückstellen zu müssen; 196) auch können die Gerichte nicht zeitlich unbegrenzt Rechtsschutz gewähren: Je mehr Zeit seit der AH verstrichen ist, desto schwieriger läßt sich prüfen, ob die Handlung rechtmäßig war, desto weniger ist die Belastung von Verwaltungsbehörden und

---

192) s.o.S. 39 ff.

193) Auf den Streit über die Qualifizierung der Widerspruchsfrist kann nur verwiesen werden. Mit Recht für die Einordnung als Sachentscheidungsvoraussetzung: BAY.VGH v.17.4.1964, DVBl.1965,93; EYERMANN-FRÖHLER, § 70, 5 m.w.N.; anders: BVwG v. 16.1.1964, DVBl.1965,89 (90); SIEGMUND-SCHULTZE, DVBl.1965,91f m.w.N.

194) o.S. 45 ff.

195) s.o. S.46 m.w.N.

196) FICHTMÜLLER, Diss., S.87.

-gerichten gerechtfertigt. Dem Interesse am Rechtsfrieden und am Funktionieren von Behörden und Gerichten muß das Interesse des Bürgers, unbefristet klagen zu können, weichen. 197) Diese Interessenabwägung ist nicht auf VAe und VA-bezogene Klagen beschränkt. 198) Deshalb sind die Sachentscheidungsvoraussetzungen der Widerspruchs- und Klagefrist auch auf AH-bezogene Klagen anzuwenden. 199)

---

197) Dabei läuft der Bürger wie bei allen subordinationsrechtlichen Klagen Gefahr, endgültig den Schutz für seine subjektiven Rechte zu verlieren. Diese Gefahr hindert aber eine weite Auslegung der Vorschriften über die Verpflichtungsklage nicht. - Auch kann die Legitimation prozessualer Fristen nicht allgemein mit dem Hinweis auf das Fehlen materiellrechtlicher Fristen bestritten werden (so aber BRÜCK, NJW 1960, 2273 für die Befristung der Verpflichtungsklage). - Andererseits bagatellisiert man die dem Bürger drohenden Nachteile, wenn man wie ULE (§ 68, III, S.253) behauptet, die Widerspruchsfrist hindere einen neuen Antrag und ein neues Vorverfahren auch dann nicht, wenn nach Ablehnung des 1. Antrags die Frist versäumt sei; denn dies kann nur für Maßnahmen mit formeller Bestandskraft gelten, die von vornherein nur vorläufigen Charakter tragen (vgl. o.S. 39). Selbst bei diesen sind Neuregelungen mit Wirkung ex tunc regelmäßig ausgeschlossen.

198) s.o. S. 46 f. - Daß die Fristvorschriften nicht nur bei VA-bezogenen Klagen anwendbar sind, zeigt auch § 191 I, der alle beamtenrechtlichen Klagen diesen Vorschriften unterwirft.

199) So FICHTMÜLLER, Diss., S.86f, 91f; LERCHE, Jschr.II, S.76 und die oben auf S. 47 , Abschnitt 3 Fn.142 genannten; vgl. auch RUPP, Grundfragen, S.253. - Die Widerspruchsfrist beginnt gem. § 70 mit der Bekanntgabe der AH. Dabei ist der Begriff der Bekanntgabe für andere AHen auch auf die Kenntnis auszudehnen, weil hier oft eine Bekanntgabe im bisher

Die Gegenmeinung 200) differenziert hier zu Unrecht: Sie überschätzt die Bedeutung des VA-Begriffs und geht - irrig - davon aus, AHen seien leicht überprüfbare Bagatellen und nur bei VAen erfordere das öffentliche Interesse eine zeitliche Begrenzung des Rechtsschutzes.201) Die Frage läßt sich nicht mit dem Hinweis lösen, das Rechtsschutzbedürfnis schließe ohnehin Klagen aus, die später als 1 Jahr nach der AH erhoben werden. 202) Das Rechtsschutzbedürfnis kann länger bestehen. Es kann nicht als Ersatz für eine fehlende Fristregelung herangezogen werden, weil es auf einem anderen Grundgedanken beruht als diese. Die Sachentscheidungsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses soll unnütze und unlautere Prozesse verhindern; 203 Ausgangspunkte sind hier das Rechtsschutzinteresse des

---

Zu 199) üblichen Sinn (vgl. EYERMANN-FRÖHLER, § 42, Anh. 7; REDEKER-VON OERTZEN, § 70, 2) fehlen wird. Die Widerspruchsfrist wird regelmäßig 1 Jahr laufen, denn meist wird eine Rechtsmittelbelehrung fehlen. - Auch die Regelung der §§ 75 f ist nicht auf VA-bezogene Klagen beschränkt. Hier besteht für alle subordinationsrechtlichen Klagen die gleiche Interessenlage.

200) HOLLAND, Diss., S.34f; SCHUNCK-DE CLERCK, § 42, 4d (S.237); ULE, II vor § 42 (S.113).

201) So HOLLAND, Diss., S.35; ULE, II vor § 42 (S.113).

202) vgl. THEUNE, BayVBl.1963, 106f, der behauptet, das Rechtsschutzbedürfnis verbiete Leistungsklagen ohne vorherigen Antrag und vor Ablauf von 3 Monaten, so daß kein Unterschied zu der Regelung des § 75 bestehe.

203) So z.B. REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 20; BAUMBACH-LAUTERBACH, Grundzüge 5 A vor § 253 ZPO.

Klägers, das Interesse des Beklagten und des Gerichts im Einzelfall - im Gegensatz zur abstrakten Interessenabwägung der Fristregelung.

Im Koordinationsverhältnis ist eine allgemeine Befristung der Klagemöglichkeit dagegen nicht angebracht. Das zeigt ein Vergleich mit den zivilprozessualen Klagen, die regelmäßig auch keine Fristregelung kennen. In einer koordinationsrechtlichen Beziehung kann nicht lediglich für einen der Beteiligten eine Klagefrist bestimmt werden, die vor allem den anderen bevorzugt. Die Verwaltung kann hier keine (dem Subordinationsverhältnis entsprechende) Bevorzugung für sich in Anspruch nehmen. 204)

4.625 Umstritten ist auch, ob die Vorschrift des § 78 I Nr.2 205) nur auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen 206) oder auch auf andere Leistungsklagen anzuwenden ist. 207) Diese - praktisch allerdings nicht sehr wichtige 208) - Vorschrift ent-

204) Dazu s.o. S. 96 f.

205) Entsprechende Gesetze haben erlassen: Niedersachsen (§ 7 II AGVwG0 v. 12.4.1960, GVBl.S.21) und Schleswig-Holstein (§ 6 S.2 AGVwG0 v.29.3.1960, GVBl.S.86) für Landesbehörden und Nordrhein-Westfahlen (§ 5 II AG-VwG0 v.26.3.1960, GVBl.S.47) allgemein.

206) SCHUNCK-DE CLERCK, § 78, 4; § 42, 4d; REDEKER-VON OERTZEN, § 82, 2; ULE, § 82, I 1; VG KÖLN v. 24.9. 1964, DVBl.1965,883.

207) So SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,802.

208) Für den Kläger wegen § 78 I Nr.1 2. HalbS.; für den Beklagten i.S. von § 78 I Nr.1, weil er ohnehin einen Angehörigen der zuständigen Behörde als Vertreter heranziehen kann. Vgl. für Bayern § 5 IV V0 über den Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit v.23.3.1960 (GV-Bl.S.31).

hält eine Regelung der passiven Prozeßführungsbefugnis, 209) sie bestimmt, wer richtiger Beklagter ist. Der Landesgesetzgeber gibt der Behörde, wenn er eine Vorschrift i.S. der §§ 78 I Nr.2, 61 Nr.3 erläßt, 210) nicht nur die Stellung eines Vertreters, sondern die eines (selbständigen) Beteiligten. Von diesem Ausgangspunkt aus kann es nicht darauf ankommen, ob die Behörde "in eigener Rechtszuständigkeit" den Kläger klaglos stellen kann, 211) d.h. nicht auf die materiell-rechtliche Frage, ob die Körperschaft oder die Behörde die Leistung zu erbringen hat; maßgeblich ist allein, ob die prozessuale Stellung der Behörde als Beteiligte nur für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage oder auch für andere Leistungsklagen sinnvoll ist.

Die Vorgänger der VwGO geben darüber keinen Aufschluß: Die MRVO kennt nur die Klage gegen die Behörde (§ 50 MRVO); die VGG bezeichnen als Anfechtungsklagegegner den Staat oder die Körperschaft (§ 46 VGG), als Beklagten in Parteistreitigkeiten - nichtssagend 212) - den, "von dem die Leistung verlangt wird" (§ 88 I VGG).

Die Beteiligung der Behörde kann für Anfechtungs-, Verpflichtungs- und (andere) Leistungsklage gleich sinnvoll sein. Zweck einer solchen Regelung ist, daß die sachkundige Behörde die Pro-

---

209) so mit Recht REDEKER-VON OERTZEN, § 78, 1; HOFFMANN, VwArch.53,313; schief ("Passivlegitimation") KLINGER, § 78, A 1. - Auf die Bedenken von GRUNSKY, ZZP 76, 54ff, gegen die Figur der passiven Prozeßführungsbefugnis kann hier nicht eingegangen werden.

210) Der Landesgesetzgeber muß Bestimmungen i.S. beider §§ treffen; vgl. REDEKER-VON OERTZEN, § 78, 7.

211) So aber SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,802; MENGER, System, S.227.

212) a.M. offenbar SCHUNCK-DE CLERCK, § 78, 4.

zesse führt, was zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen wird Allerdings wird das nicht so sein, wenn die Behörde auf Weisung tig wurde. Aber diese Fälle nimmt der Gesetzgeber offenbar in Kauf. Diese Gedanken gelten für andere Maßnahmen ebenso wie für VAe. Sie gelten auch für koordinationsrechtliche Leistungsklagen, soweit sie gegen den Staat gerichtet sind, insoweit läßt sich keine Besonderheit dieser koordinationsrechtlichen Leistungsklage feststellen; 213) allerdings läßt sie sich nur im Weg der Analogie der - nach ihrer Stellung im Gesetz nur für subordinationsrechtliche Klagen vorgesehenen - Vorschrift des § 78 I Nr. 2 unterstellen.

4.63 Streitgegenstand

4.631 Auch die Streitgegenstandsproblematik - und damit zusammenhängende Fragen - sind bei der Betrachtung der Klageeinteilung wichtig. Diese Problematik kann hier aber nur kurz erörtert werden, 214) wobei neben dem Streitgegenstandsbegriff die Abgrenzung der Streitgegenstände von Verpflichtungsklage i.e.S. und anderer(subordinationsrechtlicher) Leistungsklage wesentlich ist. In einigen Streitgegenstandsdefinitionen wird dem VA ein wichtiger Platz eingeräumt, so wenn für die Verpflichtungsklage die Rechtsbehauptung des Klägers, daß er durch die rechtswidrige Ablehnung oder Unterlassung des VAes in seinen Rechten verletzt werde, als Streitgegenstand angesehen wird. 215) Diese Definition beruht auf einer unzutreffenden Auslegung des § 113 IV 1: Der 1. Teil dieser Vorschrift enthält lediglich einen Hinweis auf die materiell-recht-

---

213) Grundsätzlich a.M. für Parteistreitigkeiten: MENGER, System, S.228.

214) Es kann hier nicht auf die Überlegungen eingegangen werden, den einheitlichen Streitgegenstandsbegriff aufzugeben (s. LERCHE, BayVBl.1956,299; vgl. auch LÜKE, JuS 1961,189).

215) ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 35 II 4; SCHUNCK-DE CLERCK, § 121, 3c.

lichen Voraussetzungen eines der Verpflichtungsklage stattgebenden Urteils, keine Bestimmung des Streitgegenstands - diese ergibt sich vielmehr aus dem 2. Teil. 216) Streitgegenstand der Verpflichtungsklage ist der Anspruch auf Vornahme der AH, 217) nur diese Auffassung entspricht erstens dem Charakter der Verpflichtungsklage als Leistungsklage und außerdem den - hier durchaus verwertbaren - 218) Erkenntnissen des Zivilprozeßrechts. Schließlich kann auch diese Auffassung erreichen, was die zuerst genannte Ansicht motivierte: die Erstreckung der Rechtskraft auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der amtlichen Maßnahme. 219) Damit ist die Charakterisierung einer Maßnahme als VA für die Bestimmung des Streitgegenstands der Verpflichtungsklage nicht maßgeblich, so daß auch vom Streitgegenstandsbegriff her keine Bedenken gegen eine einheitliche subordinationsrechtliche Leistungsklage bestehen.

Abzulehnen ist allerdings die Auffassung, der Streitgegenstand der auf einen VA gerichteten Verpflichtungsklage sei identisch mit dem der auf andere AHen gerichteten - offenbar subordinationsrechtlichen - Leistungsklage, das rechtskräftige Verpflichtungsurteil enthalte zugleich eine rechtskräftige Entscheidung über den Leistungsanspruch. 220) Das folge schon aus dem Grundsatz der Prozeßökonomie: Wäre es anders, dann könne

---

216) vgl. GEIGER, Jschr.I, S.201.

217) BETTERMANN, DVBl.1953,163ff; LÜKE, JuS 1967, 4f, 8.

218) LÜKE, JuS 1967, 1f.

219) Das folgt (bei der Versagungsgegenklage) aus dem Sinngehalt des die ablehnende AH aufhebenden, insoweit gestaltenden Urteils. s. dazu ZEUNER, S.119f, 124f, 126; vgl. auch LÜKE, JuS 1967,4f (beide für die Anfechtungsklage).

220) So aber SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,799f; ähnlich BACHOF, VerfR.II, S.223. s. auch Fn.223.

aus einem Verpflichtungsurteil nur der Erlaß des begehrten VAes durchgesetzt werden, weigere sich die Behörde dann die im VA festgesetzte Leistung zu erbringen, dann sei eine neue Leistungsklage erforderlich. Diese Argumentation überzeugt nicht: Einmal ist eine Weigerung der Behörde sehr unwahrscheinlich; zum anderen ist es ein Unterschied, ob man einen VA oder z.B. eine Geldzahlung begehrt, es handelt sich um verschiedene Leistungen. Hält man eine Klage auf einen VA für erforderlich, 221 dann enthält diese gegenüber der Zahlungsklage ein minus.222) Eine Vollstreckung bezüglich der letztlich gewollten Leistung ist aus dem Verpflichtungsurteil nicht möglich; die Rechtskraft beider Leistungsurteile ist verschieden. 223) Dieser Unterschied beruht jedoch nur auf der Verschiedenheit der Anträge, nicht auf einer Verschiedenheit zweier Leistungsklagetypen.

4.632 Im Zivilprozeßrecht liegt eine Änderung des Streitgegenstandes und damit eine - nur unter bestimmten Voraussetzungen (§ 264 ZPO) zulässige - Klageänderung vor, wenn der Kläger von der einen zur anderen Klageart übergeht, wobei allerdings gem. § 268 Nr.2 ZPO z.B. der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage nicht als Klageänderung gilt.224)

---

221) s. dazu o. S. 54 f.

222) Es besteht ein ähnliches Verhältnis wie zwischen Feststellungs- und Leistungsklage; allerdings muß bei der Verpflichtungsklage die Behörde erst die - im Urteil oft (im Fall des Bescheidungsurteils gem. § 113 IV 2) noch nicht genau festgelegte - Feststellung treffen.

223) Allerdings hat das 1. Urteil präjudizielle Wirkung. - Zum Unterschied beider Urteile s. noch HAUEISEN, DÖV 1961, 126f (dazu s. aber o.S. 50 f).

224) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 268 ZPO, 2 C.

Das Verwaltungsprozeßrecht unterscheidet sich hier grundsätzlich nicht vom Zivilprozeßrecht (§§ 91, 173 VwGO, § 268 ZPO). Auch im Verwaltungsprozeßrecht wird der Streitgegenstand grundsätzlich vom Antrag mitbestimmt, 225) jedoch wird die Antragsänderung (ohne gleichzeitige Änderung des Klagegrunds) meist nicht als Klageänderung angesehen.226)

Der hier besonders interessierende nach der hM erforderliche Übergang von einer Verpflichtungsklage (i.e.S.) zu einer anderen Leistungsklage fällt - selbst nach der hM - als bloße Erweiterung des Antrags von einer Leistung auf eine weitergehende Leistung unter § 268 Nr.2 ZPO. 227) Auch der Übergang von einer Anfechtungsklage auf eine (AH-bezogene) Leistungsklage oder die entsprechende Klagehäufung enthält keine Klageänderung i.S. des § 91. 228) Die für diesen Fall vertretene Gegenmeinung stützt sich nicht auf die VA-Bezogenheit der Anfechtungsklage, sie betont den Unterschied der Begehrensform (Gestaltungs- bzw. Leistungsklage): Die Anfechtungsklage ziele nur auf eine Handlung des Gerichts, die Leistungsklage dagegen auch auf ein Tätigwerden der Verwaltung. Diese Argumentation überzeugt nicht, weil eine bloße Antragsänderung vorliegt 229) und wegen der ausdrücklichen Regelung des § 113

225) KLINGER, § 91, B 1 (S.442); REDEKER-VON OERTZEN, § 91, 1f; enger EYERMANN-FRÖHLER, § 91, 1, 3.

226) Meist mit dem Hinweis auf § 268 Nr.2 ZPO; vgl. REDEKER-VON OERTZEN, § 91, 2.

227) REDEKER-VON OERTZEN, aaO.; BVwG v.17.1.1962, DÖV 1962,754 (755).

228) REDEKER-VON OERTZEN, aaO.; a.M. OVG LÜNEBURG, OVGE 9, 340 (343) und ULE, § 91, 1.

229) Entsprechend § 268 Nr.2 ZPO: Die Begehrensform hängt oft allein davon ab, ob die Behörde schon tätig geworden ist; bei unverändertem Klagegrund wird der gleiche Anspruch geltend gemacht, verändert ist nur der Antrag.

I 2 über den Folgenbeseitigungsantrag im (ursprünglichen und nachträglichen 230)) Anfechtungsprozeß. Damit liegt auch in Bezug auf die Klageänderung eine Besonderheit der VA-bezogenen Klagen nicht vor. Ein Übergang von einer subordinationsrechtlichen zu einer koordinationsrechtlichen Klage ohne Änderung des Klagegrundes und damit ohne Klageänderung ist dagegen nicht denkbar.

4.633 § 89 II schließt bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen die Widerklage aus. Daraus wird meist gefolgert, bei allen anderen Leistungsklagen und bei der Feststellungsklage sei die Widerklage zulässig. 231) Die hM unterscheidet also auch hier zwischen der Verpflichtungsklage und den anderen Leistungsklagen. Vor Erlaß der VwGO war diese Trennungslinie nur teilweise und etwas undeutlich gezogen. MRVO, VGGRhPf und BVwGG kannten keine Regelung der Widerklage und damit auch keine Differenzierung, die Widerklage wurde deshalb meist als zulässig angesehen. 232) Die VGG unterschieden zwischen Anfechtungssachen - dort war die Widerklage ausgeschlossen - und Parteistreitigkeiten - dort war sie zulässig (§ 92 VGG), 233) allerdings war die Abgrenzung zwischen diesen Verfahren umstritten. 234) Der Ausschluß der Widerklage in § 89 II wird mit der Behauptung begründet, die Widerklage sei der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage nicht wesensgemäß, da diese Klagen ein Subordinationsverhältnis voraussetzten. 235) Diese Begründung leuchtet nicht ohne weiteres ein; schon WERNER 236)

230) So REDEKER-VON OERTZEN, § 113, 5.
231) So z.B. ULE, § 89, Anm. (S.310); KOEHLER, § 89, VII; HOLLAND, Diss., S.59, 109.
232) SCHUNCK-DE CLERCK, VGG RhPf, § 41, 4; DIES., § 89 VwGO, 1a m.w.N.; a.M. KLINGER, MRVO, S.365.
233) vgl. MENGER, System, S.226.
234) vgl. u. S. 154.
235) Begr. zu § 90 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.41; allgemein übernommen, z.B. von EYERMANN FRÖHLER, § 89, 2; HOLLAND, Diss., S.59, 109.
236) DVBl.1955, 204.

hat gefragt, weshalb die Behörde der Anfechtungsklage gegen die Ablehnung der Eintragung ins Wählerverzeichnis nicht mit der negativen Feststellungsklage, der Kläger habe überhaupt kein Wahlrecht, begegnen könne. Verständlich ist der Ausschluß der Widerklage gegen subordinationsrechtliche Klagen als Mittel, einer Verzögerung des Rechtsschutzes im Subordinationsverhältnis vorzubeugen.

Entscheidend ist hier, ob § 89 II auf die Verpflichtungsklage zu beschränken ist oder ob er auch andere subordinationsrechtliche Leistungsklagen trifft: Der allgemeine Hinweis der Begründung der Regierungsvorlage spricht für eine Anwendung auf alle subordinationsrechtlichen Klagen. Auch das Rechtsschutzmotiv gilt für alle subordinationsrechtlichen Streitigkeiten. Eine Unterscheidung zwischen Verpflichtungsklage und anderen Leistungsklagen wäre berechtigt, wenn der Ausschluß der Widerklage auf der Erwägung beruhte, daß die Behörde einen VA erlassen und dessen Unanfechtbarkeit abwarten könne, daß deshalb für eine Widerklage kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe; dagegen würden andere AHen nicht unanfechtbar, 237) weshalb bei diesen die Widerklage nicht ausgeschlossen sei. Diese Überlegung ist nicht richtig: Eine Klage gegen den Bürger wird nicht generell durch die Möglichkeit der Behörde, einen VA zu erlassen, ausgeschlossen. 238) Die Behörde kann durch eine eigene Klage z.B. von sich aus eine Klärung der Rechtslage herbeiführen, ohne einen VA erlassen zu müssen, bei dem die Gefahr besteht, daß er durch eine Anfechtungsklage angegriffen wird oder daß er trotz Rechtswidrigkeit unanfechtbar wird. Danach ist für alle

---

237) Dazu s.o.S. 110 ff; nach der dort vertretenen Meinung sind auch in Bezug auf die (befristete) Anfechtbarkeit AHen nicht anders zu behandeln als VAe.

238) So HOLLAND, Diss., S.57, mit Hinweis auf BVwG v.20. 9.1962, DVBl.1963, 184; a.M. PIETZONKA, NJW 1955, 1306.

subordinationsrechtliche Klagen die Widerklage ausgeschlossen. Für koordinationsrechtliche Leistungsklagen treffen die für eine Ausweitung des § 89 II genannten Gründe nicht zu, hier bleibt es bei der Zulässigkeit der Widerklage gem. § 89 I.

4.64 Urteil und Vollstreckung

4.641 § 113 I und IV enthalten Regelungen für den Tenor von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Die Urteilsformeln der anderen Klagearten sind nicht im Gesetz festgelegt. Für die Leistungsklage wird meist auf das Zivilprozeßrecht verwiesen, der Tenor - entsprechend dem Klagebegehren - ergebe sich hier aus der Natur der Sache. 239) Nur SCHUNCK-DE CLERCK 240) wollen wegen der Rechtsähnlichkeit von Verpflichtungsklage und den anderen Leistungsklagen § 113 IV auf diese entsprechend anwenden.

§ 113 IV differenziert nach Fehlen oder Vorliegen der Spruchreife zwischen Bescheidungsurteil (S.2) und Verpflichtungsurteil i.e.S. (S.1). Die Spruchreife kann aus rechtlichen (z.B. die Verwaltungsbehörde hat ihr Ermessen nicht ausgeschöpft) oder aus tatsächlichen Gründen (z.B. es fehlt eine umfangreiche Sachaufklärung, weil die Behörde eine AH nur aus einem von mehreren denkbaren Gründen abgelehnt hat) fehlen.241) Bei fehlender Spruchreife müßte eine auf die (bestimmte) Leistung selbst gerichtete Klage als (teilweise) unbegründet abgewiesen werden. 242) Es kommt nur ein Bescheidungsurteil in Be-

239) Begr. zu § 114 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.43; KOEHLER, § 113, A II; ULE, § 113, vor I; vgl. auch HAUEISEN, NJW 1957, 1657.

240) § 113,4 (S.502).

241) vgl. SCHUNCK-DE CLERCK, § 113, 3b bb (S.500).

242) vgl. EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 64. - Allerdings wird - grundsätzlich nur bei Fehlen der Spruchreife aus tatsächlichen Gründen - eine weitgehende, aber nicht unbeschränkte, Pflicht des VG bejaht, die Spruchreife herbeizuführen; vgl. EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 62; REDEKER-VON OERTZEN, § 113, 19.

tracht. Die der Bestimmung des § 113 IV 2 über die Tenorierung zu entnehmende 243) Bescheidungsklage gibt dem Bürger auch dann eine Klagemöglichkeit, wenn er zwar ein Tätigwerden der Behörde, nicht aber eine bestimmte Tätigkeit verlangen kann. Sie gleicht zugunsten des Bürgers den Nachteil aus, der sich aus der relativ selbständigen Stellung der Verwaltung (gegenüber dem Bürger und dem Verwaltungsgericht) ergibt. Dieser Gedanke gilt für alle subordinationsrechtlichen Leistungsklagen; die Regelung des § 113 IV 2 ist deshalb auf alle diese Klagen anzuwenden.

Im Gleichordnungsverhältnis paßt die Bescheidungsklage nicht; hier muß der Kläger wie im Zivilprozeß das Vorliegen aller Anspruchsvoraussetzungen nachweisen, er kann unter Umständen nur auf Auskunftserteilung klagen (und dabei mit der Stufenklage 244) vorgehen). Im Koordinationsverhältnis fehlt die dem Subordinationsverhältnis entsprechende hervorgehobene Stellung der Verwaltung, ein besonderer Schutz des Klägers ist hier nicht erforderlich.

4.642 § 113 I 4 gibt dem Kläger bei Erledigung eines VAes im Interesse eines umfassenden Rechtsschutzes die Möglichkeit, durch Urteil feststellen zu lassen, daß der VA rechtswidrig gewesen ist. 245) Dieser Feststellungsantrag wird meist über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch bei Erledigung einer Verpflichtungsklage zugelassen. 246) REDEKER-VON OERTZEN propagieren sogar die

243) BETTERMANN, NJW 1960, 656.

244) §§ 254 ZPO, 173 VwGO.

245) Der Anwendungsbereich des § 113 I 4 wird von der hM wesentlich erweitert, indem sie diese Vorschrift auch anwendet, wenn sich der VA schon vor Klageerhebung erledigt hat. So EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 51; MENGER, VwArch. 54, 289; SCHUNCK-DE CLERCK, § 113, 2c dd (S. 497); BVwG v. 8.11.1957, NJW 1958, 312; BVwGE 12, 87 (90); a.M. REDEKER-VON OERTZEN, § 113, 16.

246) BVwG v. 6.9.1962, DÖV 1963, 384f; v. 2.7.1963, DVBl. 1964, 278; EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 51a; KLINGER, § 113, C 8; REDEKER-VON OERTZEN, § 113, 17; a.M. CZERMAK, NJW 1963, 1027.

Ausdehnung auf alle subordinationsrechtlichen Leistungsklagen. 247) Die entsprechende Anwendung des § 113 I 4 auf die Verpflichtungsklage - und zwar auf Versagungsgegenklage und Untätigkeitsklage 248) - wird begründet mit der Ähnlichkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, mit dem (für beide Klagen gleichen) Ziel eines möglichst umfassenden, effektiven Rechtsschutzes und mit dem Erfordernis der Prozeßwirtschaftlichkeit. Diese Gründe tragen auch die Ausdehnung dieser Regelung auf alle subordinationsrechtlichen Leistungsklagen. Die Ähnlichkeit mit der Anfechtungsklage beruht auf der gemeinsamen Zugehörigkeit zum subordinationsrechtlichen Verfahrenstyp - nicht auf dem Vorliegen eines VAes: das zeigt schon die Einbeziehung der Untätigkeitsklage; der Gesichtspunkt der Prozeßwirtschaftlichkeit ist ebenfalls nicht auf VA-bezogene Leistungsklagen beschränkt; entscheidend ist, daß auch hier möglichst umfassender Rechtsschutz gewährt werden muß, denn der Bürger hat auch nachträglich ein Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des behördlichen Verhaltens (z.B. wegen der diskriminierenden Wirkung einer AH, 249) wegen Wiederholungsgefahr oder in Bezug auf einen Amtshaftungsprozeß 250)).

---

247) REDEKER-VON OERTZEN, aa0.; diese Beschränkung auf subordinationsrechtliche Klagen ergibt sich aus den Wörtern "die beantragte Leistung (Verwaltungshandeln)".

248) Das BVwG (aa0., Fn.246) hat allerdings nur Versagungsgegenklagen entschieden; ausdrücklich für die Anwendung auch auf die Untätigkeitsklage: EYERMANN-FRÖHLER, § 75, 10; MENGER, VwArch.54,288; OBERMAYER, in MANG u.a., S.235f; REDEKER-VON OERTZEN, § 113, 17.

249) vgl. BVwGE 12,87 (90); BVwG v.9.2.1967, DVBl.1967, 379 (382).

250) s. EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 41; § 43, 12 m.w.N.

Hier scheint ein kurzer Blick auf die Kritik 251) an der Ausdehnung des § 113 I 4 auf die Verpflichtungsklage (und damit auf alle subordinationsrechtlichen Leistungsklagen) angebracht: Danach ist bei Erledigung eines Leistungsanspruchs nur der Übergang zur Feststellungsklage gem. §§ 43 VwGO, 268 Nr.2 ZPO 252) zulässig, mit dem Ziel, das Bestehen eines in der Vergangenheit liegenden aber noch fortwirkenden Rechtsverhältnisses (hier des Leistungsanspruchs) feststellen zu lassen, 253) wobei das Urteil die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung (und eventuell der Ablehnung) umfassen würde. Diese Kritik überzeugt im Ergebnis nicht, denn die Klagen nach § 113 I 4 und nach § 43 haben unterschiedliche Sachentscheidungsvoraussetzungen: das gilt z.B. für das Feststellungsinteresse 254) und für die nur für die Klage nach § 113 I 4 erforderlichen Sachentscheidungsvoraussetzungen der subordinationsrechtlichen Klagen, besonders die Fristen und das Vorverfahren. 255) Daher ist § 113 I 4 für alle Fälle der Erledigung gegenüber § 43 als Spezialregelung anzusehen - und als solche, wie gezeigt, auf alle subordinationsrechtlichen Leistungsklagen auszudehnen.

---

251) CZERMAK, NJW 1963,1027.

252) CZERMAK, aaO., spricht von Nr. 3.

253) vgl. KLINGER, § 43, C 1f (S.233); THOMAS-PUTZO, § 256, 3a; a.M. - insoweit unzutreffend - ULE, § 113, I 3; BVwG v.6.9.1962, DÖV 1963,384(385).

254) § 43 spricht im Gegensatz zu § 113 I 4 vom Interesse an baldiger Feststellung. Allerdings wird dieser Unterschied meist nicht besonders betont, vgl. z.B. EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 41; s.aber auch GEIGER, Festschrift für den 45.DJT, S.76f.

255) EYERMANN-FRÖHLER, § 113, 51; OBERMAYER, in MANG u.a., S.247, 249; a.M. (in Bezug auf das Vorverfahren) BVwG v.9.2.1967, DVBl.1967,379(381);ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 45 II.

Auf koordinationsrechtliche Leistungsklagen ist § 113 I 4 dagegen nicht anzuwenden. Das ergibt sich aus der Anknüpfung dieser Bestimmung an die (subordinationsrechtliche) Anfechtungsklage, besonders aus dem Zusammenhang mit den Sachentscheidungsvoraussetzungen und dem Verfahren dieser Klage. Für koordinationsrechtliche Leistungsansprüche kommt nur die Feststellungsklage des § 43 in Betracht.

4.643 § 167 II schließt die vorläufige Vollstreckbarkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsurteil in der Hauptsache aus. Für das Anfechtungsurteil wird damit nur bestätigt, was allgemein anerkannt ist, daß Gestaltungsurteile nicht vorläufig vollstreckbar sind, weil ihre Wirkung an den Eintritt der Rechtskraft gebunden ist. 256) Für das Verpflichtungsurteil ist die Bestimmung nicht unbestritten, hier ist zu fragen, ob sie auch auf andere Leistungsurteile anwendbar ist. 257) Die MRVO ließ die vorläufige Vollstreckbarkeit - allerdings nur durch eine entsprechende Erklärung des OVG - allgemein zu. 258) Die VGG kannten sie nur für Parteistreitigkeiten. 259) Die heutige Regelung wird mit

256) BAUMBACH-LAUTERBACH, 2 C vor § 708 ZPO; SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,803.

257) Das wird von der hM verneint: HOLLAND, Diss., S.70; GEIGER, MDR 1960,887; REDEKER-VON OERTZEN, § 168, 5; ULE, § 167, IV aE.; OVG MÜNSTER v.22.2.1961, DÖV 1961, 469. Für die Anwendung auf andere Leistungsurteile: KLINGER, § 168, B I 3f; LERCHE, Jschr.II, S.82f; ähnl. THEUNE, BayVBl.1963,107; VGH KASSEL, ESVGH 11,151 (152f); differenzierend HEGEL, Unterbringung, S. 106; EYERMANN-FRÖHLER, § 167,20.

258) § 89 MRVO, ebenso § 78 VGGRhPf; auch damals hielt die Rechtsprechung nur Vornahme- und Leistungsurteile (auch in der Hauptsache) für vorläufig vollstreckbar, vgl.KLINGER, MRVO, § 89, B Fn.377 und KOEHLER, § 167, III 1.

259) § 112 II VGG; EYERMANN-FRÖHLER, VGG, § 112, 3a.

der weitgehenden Bedingungsfeindlichkeit hoheitlichen Handelns motiviert. Die Interessen des Klägers könnten durch eine einstweilige Anordnung gewahrt werden. 260) Gegen diese Begründung wird eingewandt, 261) die hoheitliche Tätigkeit sei nicht bedingungsfeindlich. Das zeige z.B. die Befugnis der Verwaltung, bedingte VA zu setzen. Diese Befugnis ist allerdings nicht so unbeschränkt wie manchmal behauptet wird, 262) und es wäre unpraktisch, wenn das Gericht sich bei der Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit etwa an die Regeln des § 28 EVwVfG halten müßte. Fragwürdig erscheint auch die Begründung, § 123 böte ausreichenden Rechtsschutz, denn die einstweilige Anordnung soll grundsätzlich die Regelung in der Hauptsache nicht vorwegnehmen. Dieser Grundsatz wird allerdings nicht streng eingehalten, so daß insoweit im Ergebnis nur geringe Unterschiede zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bestehen. 263) Die den Motiven des Gesetzgebers entsprechende gesetzliche Regelung ist danach zwar nicht besonders fortschrittlich, 264) sie ist aber auch nicht völlig sinnwidrig und muß daher respektiert werden. 265)

---

260) s. Begr. zu § 164 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.48; ebenso Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks.1094/III, S.14.

261) LERCHE, Jschr.II, S.83; SCHWEICKHARDT, DÖV 1965,803.

262) SCHWEICKHARDT, aaO.; s. § 28 II u. III EVwVfG mit Begründung S.138.

263) vgl. z.B. EYERMANN-FRÖHLER, § 123, 8 (Grundsatz) einerseits und DIES., § 123, 10f, 15 und vor allem QUARITSCH, VwArch.51,347(348,349f) andererseits.

264) Der Gesetzgeber scheute sich anscheinend, mit der im wesentlichen neu eingeführten Vollstreckung gegen den Staat (vgl. RUPP, AöR 85,324f) zu weit zu gehen.

265) s. LERCHE, Jschr.II, S.82.

Allerdings gelten diese Gründe (der gesetzlichen Regelung) offenbar für alles hoheitlich Handeln, 266) so daß eine Differenzierung zwischen Verpflichtungsklage und anderen subordinationsrechtlichen Leistungsklagen auch hier nicht angebracht erscheint. Zwar wäre hier z.B. gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit von Zahlungsurteilen 267) nichts einzuwenden, es muß aber dem Gesetzgeber überlassen bleiben, Ausnahmen von seinem Grundsatz festzulegen oder ihn ganz - für alle subordinationsrechtlichen Leistungsklagen - fallen zu lassen. Für die koordinationsrechtliche Leistungsklage bestehen keine Bedenken gegen die Möglichkeit der vorläufigen Vollstreckung. Das gilt nicht nur für Urteile gegen den Bürger, sondern auch für solche gegen den Staat: Im Bereich der Gleichordnung ist dieser nicht anders zu behandeln als der Bürger; hier kann dem Staat nicht mit dem Argument der Bedingungsfeindlichkeit der Verwaltungstätigkeit ein besonderer Schutz gewährt werden.

4.644 Das Vollstreckungsverfahren gegen die öffentliche Hand ist in der VwGO nur lückenhaft geregelt: § 170 regelt die Vollstreckung wegen Geldforderungen und § 172 die Vollstreckung aus Verpflichtungsurteilen, Urteilen nach § 113 I 2 und aus einstweiligen Anordnungen. Für die Vollstreckung aus anderen Leistungsurteilen fehlt es an einer Regelung, die VwGO begnügt sich mit einer allgemeinen Verweisung auf das 8. Buch der ZPO (§ 167 I). Schon aus dieser Verweisung ergibt sich, daß es auch für die in §§ 170, 172 nicht genannten Leistungsurteile eine Vollstreckungsmöglichkeit geben muß. 268) Fraglich erscheint nur, welche Vorschriften

---

266) So schon die Begr. zu § 164 EVwGO, aaO. (Fn. 260).

267) RUPP, AöR 85, 330.

268) Diese Möglichkeit ist durch Art. 19 IV - für das Subordinationsverhältnis - gewährleistet; vgl. RUPP, AöR 85, 325f, 335.

für die Vollstreckung aus diesen Urteilen heranzuziehen sind: eine der VwGO-Bestimmungen oder (gem. § 167 I) die Regelung der ZPO.

Eine Ausdehnung des § 170 wird hier mit Recht allgemein abgelehnt. 269) Wie im Zivilprozeßrecht erfordert die Vollstreckung von Zahlungsurteilen eine Sonderregelung. Auch würde die Vornahme anderer Amtshandlungen auf dem Weg des § 170 gar nicht erreicht werden können, denn diese sind i.d.R. unvertretbar: 270) Sie können weder durch einen Außenstehenden noch durch eine übergeordnete Behörde 271) vorgenommen werden.

Diese Unvertretbarkeit legt die Ausdehnung des § 172 oder die entsprechende Anwendung der §§ 888, 890 ZPO auf alle subordinationsrechtlichen Leistungsklagen nahe. 272) Beide Vorschriften wollen die Handlung mit Beugezwang (Zwangsgeld nach § 172, Geldstrafe oder Haft im Fall des § 888 ZPO) erzwingen. Für die Anwendung des § 172 spricht, daß dort schon der Leistungsantrag des § 113 I 2 und die Leistungsverpflichtungen auf Grund einer einstweiligen Anordnung geregelt sind. Außerdem ist die Höhe des Zwangsgeldes in § 172 beschränkt, im Zivilprozeß dagegen unbegrenzt. Für eine Differenzierung zwischen Verpflichtungsklage und anderen subordinationsrechtlichen Leistungsklagen in dieser Frage besteht kein Anlaß. 273) Die

269) KLINGER, § 170, B I; SCHUNCK-DE CLERCK, § 170, 2b; SCHWEICKHARDT, DÖV 1965, 803; KOEHLER, § 170, II 2.

270) BACHOF, Vornahmeklage, S.163; RUPP, AöR 85,336; SCHWEICKHARDT, aaO.

271) s. dazu z.B. OBERMAYER, in MANG u.a., S.184 (1e und Fn.58).

272) Sie verbietet eine Anwendung des § 887 ZPO. Auch § 883 ZPO ist nicht anwendbar: so RUPP, aaO.; SCHWEICKHARDT, aaO., S.804; a.M. HOLLAND, Diss., S.68.

273) RUPP, AöR 85,336 (für alle Leistungsklagen).

Anwendung des § 172 auf die anderen Fälle der subordinationsrechtlichen Leistungsklage ist deshalb vorzuzeigen, 274) sie liegt auch systematisch vor einer über die Verweisung des § 167 I erfolgenden entsprechenden Anwendung der ZPO.

Die koordinationsrechtlichen Leistungsklagen sind hier nicht anders zu behandeln: § 170 (für Geldforderungen) und § 172 (für behördliche Handlungen) sind auch hier anzuwenden. 275) Diese Vorschriften (vgl. besonders die Ankündigung gem. § 170 II und die Begrenzung des Zwangsgeldes gem. § 172) beruhen nicht auf Besonderheiten des Subordinationsverhältnisses, sondern darauf, daß der Staat am Prozeß beteiligt ist. Die Anwendung dieser Vorschriften bedeutet keine ungerechte Bevorzugung des Staates als Prozeßpartei, vielmehr scheint eine schneidigere Zwangsvollstreckung weder sinnvoll noch erforderlich zu sein.276)

Bei der Vollstreckung zugunsten der öffentlichen Hand gegen den Bürger ist § 169 maßgeblich. 277) Unterschiede zwi-

274) So SCHWEICKHARDT, aaO.; KOEHLER, § 170, II 2; für die Anwendung der §§ 888, 890 ZPO -ohne die Möglichkeit des § 172 zu erwägen- RUPP,aaO.; HOLLAND, Diss., S.68f.

275) § 172 ist auch für die Vollstreckung aus einem Prozeßvergleich anzuwenden, es wäre sinnlos, den Prozeßvergleich in § 168 I Nr.3 als Vollstreckungstitel anzuerkennen, ihm aber die Vollstreckbarkeit zu verweigern. Ebenso REDEKER-VON OERTZEN, § 172, 3 gegen ULE, § 172, Anm.; GEIGER, MDR 1960,887.

276) Die Tatsache der Festsetzung des Zwangsgeldes wird größere Bedeutung haben als dessen Höhe (vgl. Begr. zu § 168 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.49). Vgl. auch den Hinweis von Rupp, AöR 85,336, auf das Mißtrauen des Staatsbürgers gegen eine öffentliche Gelder beanspruchende Zwangsvollstreckung.

277) Bei der Vollstreckung von Rechtsträgern der öffentlichen Hand untereinander wird § 169 durch §§ 170 und 172 verdrängt; REDEKER-VON OERTZEN, § 161, 1; 170, 1 m.w.N.

schen Urteilen aus subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Verfahren bestehen hier ebenfalls nicht. Die in § 169 enthaltene Verweisung auf das VwVG kann nicht durch § 1 II VwVG wieder ausgeschaltet werden, weil das Urteil ein Subordinationsverhältnis schafft und damit den nach § 1 und II VwVG erforderlichen VA ersetzt. 278)

Beim Vollstreckungsverfahren lassen sich also keine Unterschiede zwischen subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Klagen feststellen, die Regelung ist vor allem von der Frage abhängig, wer Vollstreckungsschuldner ist. Es wird aber auch hier deutlich, daß eine Unterscheidung zwischen auf VAe und auf andere AHen gerichteten Klagen nicht angebracht ist.

4.65 Verfahrensregelungen

4.651 Bei der Betrachtung der Verfahrensgrundsätze und der aus diesen abgeleiteten Einzelregelungen sind zunächst die Begriffe zu klären: Hier interessieren die Begriffspaare Dispositionsmaxime/Offizialmaxime und Verhandlungsgrundsatz/Untersuchungsgrundsatz. 279) Nach der Dispositionsmaxime haben die Parteien die Ver-

278) So REDEKER-VON OERTZEN, § 169, 4; LERCHE, Jschr.II, S.89; ähnlich QUARITSCH, VwArch.51,237f; a.M. KLINGER, § 169, Anm. (S.736).

279) Die Erörterung wird auf diese Verfahrensgrundsätze beschränkt, weil die anderen Grundsätze (z.B. Amtsbetrieb, Mündlichkeit, freie Beweiswürdigung) grundsätzlich keine "spezifisch verwaltungsprozessualen Auswirkungen" haben (LÜKE, JuS 1961,41); sie gelten meist für alle gerichtlichen Verfahren (vgl. z.B. ULE, Verwaltungsprozeßrecht, §§ 27, 29, 30). - Bei den genannten Begriffen herrscht noch eine weitgehende Begriffsverwirrung, oft wird zwischen Dispositionsmaxime und Verhandlungsgrundsatz nicht unterschieden, so z.B. bei LANG, VwArch.52,62f m.w.N.; EYERMANN-FRÖHLER, § 86, 1f; s. auch BAUR, §§ 16-18 (bes. S.182, 187). Nach LANG umfaßt der Untersuchungsgrundsatz die Verfügungsbefugnis über den Prozeß und über den Tatsachenstoff; mit Recht gegen die-

fügungsbefugnis über Inhalt und Gang des Verfahrens, 280) im Gegensatz dazu liegt nach der Offizialmaxime die Herrschaft über das Verfahren beim Gericht. 281) Nach dem Verhandlungsgrundsatz wird der Tatsachenstoff, von dem das Gericht bei seiner Entscheidung auszugehen hat, von den Parteien beschafft und festgelegt. 282) Der Untersuchungsgrundsatz bedeutet dagegen, daß das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen erforscht und damit die alleinige Verantwortung für die Entscheidungsgrundlage trägt. 283)

Im Verwaltungsprozeßrecht gilt grundsätzlich die Dispositionsmaxime, das zeigt sich z.B. im Erfordernis der Klageerhebung (§ 81), in der Bindung des Gerichts an das Klagebegehren (§ 88), in dem - allerdings beschränkten - Recht, die Klage zurückzunehmen (§ 92), in der Befugnis, Rechtsmittel einzulegen (§§ 124, 132), sie zurückzunehmen (§§ 126, 140) oder auf sie zu verzichten (vgl. §§ 127, 141 284))und schließlich den Prozeß z.B. durch Er-

---

Zu 279) sen - für Differenzierungen ungeeigneten-Begriff z.B. FRIESECKE-TACKENBERG, DVBl. 1961, 546f.

280) LÜKE, JuS 1961, 42 (III) m.w.N.; ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 28 I; REDEKER-VON OERTZEN, § 86, 2; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, VI vor § 128 ZPO.

281) ULE, aaO.; REDEKER-VON OERTZEN, aaO.

282) ULE, aaO., § 26 I; REDEKER-VON OERTZEN, § 86, 1; LENT-JAUERNIG, § 25 I 2; LÜKE, aaO. (Fn.280) (II2); MENGER, Jschr.II, S.434.

283) LENT-JAUERNIG, § 25 I 1; REDEKER-VON OERTZEN, § 86, 7; ULE, aaO.(Fn.282); LÜKE, JuS 1961, 42f (II2).

284) Eine besondere Bestimmung über den Rechtsmittelverzicht (vgl.§§ 514, 566 ZPO) enthält die VwGO nicht, dessen Zulässigkeit ergibt sich jedoch aus der Erwähnung in § 127; REDEKER-VON OERTZEN, § 126, 8.

ledigungserklärung (§ 161) zu beenden. Der Untersuchungsgrundsatz kommt vor allem in § 86 I zum Ausdruck.

Diese Feststellung über die Bedeutung von Dispositionsmaxime und Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozeß ersetzt allerdings nicht die Betrachtung der Auswirkungen dieser Grundsätze im einzelnen. Zwar wird oft pauschal erklärt, "der" Verwaltungsprozeß werde einerseits von der Dispositionsmaxime und andererseits vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. 285) Es bestehe eine Parallele zum Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in dem der Untersuchungsgrundsatz 286) maßgeblich sei (§ 12 FGG), 287) und ein Gegensatz zu "dem" Zivilprozeß, in dem grundsätzlich neben der Dispositionsmaxime der Verhandlungsgrundsatz gelte. 288) Solche umfassenden Feststellungen sind ziemlich nutzlos. 289) Vielmehr bestehen im Zivilprozeßrecht wesentliche Unterschiede zwischen dem gewöhnlichen Verfahren und dem Verfahren in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen (§§ 606 ff ZPO), bei denen weitgehend der Untersuchungsgrundsatz gilt 290) und auch die Dispositionsmaxime

---

285) So z.B. REDEKER-VON OERTZEN, § 86, 4ff, 7; SCHUNCK-DE CLERCK, § 86, 1a; ULE, Verwaltungsprozeßrecht, §§ 26 und 28.

286) Für Offizial- oder Dispositionsmaxime wird keine allgemeine Feststellung getroffen, diese werden jeweils auf bestimmte Verfahrensarten beschränkt, s.u. bei Fn.292.

287) LENT-HABSCHEID, § 19 II.

288) REDEKER-VON OERTZEN, § 86, 1.

289) vgl. MENGER, System, S.81ff, 84; DERS., Jschr.II, S.433f; krit. auch RUPP, AöR 85, 184ff.

290) §§ 617, 622, 640f, 653, 670, 679, 684, 686; vgl. ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 26 I.

eingeschränkt ist; 291) in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nicht nur in Bezug auf Offizial- und Dispositionsmaxime zwischen den Rechtsfürsorgesachen, Antragssachen und Streitverfahren 292) zu unterscheiden, auch der Untersuchungsgrundsatz wird bei den echten Streitverfahren weniger streng durchgeführt als etwa bei den Rechtsfürsorgesachen. 293) Es liegt daher nahe, daß auch im Verwaltungsprozeßrecht Differenzierungen in Bezug auf die Verfahrensgrundsätze für die verschiedenen Verfahrensarten bestehen.

4.652 Die Dispositionsmaxime wirkt sich schon aus, bevor der Rechtsstreit beim Gericht anhängig ist, indem die Parteien vereinbaren können, daß der Streit vor einem Schiedsgericht ausgetragen werden soll. Grundsätzlich ist eine solche Schiedsabrede auch im Verwaltungsprozeßrecht zulässig. 294) Fraglich ist allerdings, wie weit dieser Grundsatz eingeschränkt werden muß.

Als Grenze für die Zulässigkeit der Schiedsabrede wird oft auf die - grundsätzlich auch im Subordinationsverhältnis bejahte - materiell-rechtliche Verfügungsbefugnis der Parteien verwiesen. 295) Das wäre jedoch eine von Fall zu Fall zu bestimmende recht unsichere Grenze. Meist wird deshalb die Zulässigkeit eines Schiedsvertrags im Subordinationsverhältnis

---

291) §§ 617f, 632, 635, 640f, 670, 679, 684, 686; auch §§ 40 II, 648, 665, 676 ZPO.

292) Diese Unterscheidung folgt LENT-HABSCHEID, § 19 I (genauer: §§ 6-8).

293) vgl. z.B. LENT-HABSCHEID, § 19 II 1; BAUR, § 18 III 2 (so wollen LENT-HABSCHEID den Geständnissen hier "meist Bedeutung zumessen"; BAUR sieht sie sogar als bindend an).

294) arg.: §§ 168 I Nr.5, 187 I.

295) EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 111; REDEKER-VON OERTZEN, § 40, 58; SCHUNCK-DE CLERCK, § 40, 13b; STERN, AöR 84,309.

generell verneint. 296) Dafür spricht auch, daß das Schiedsverfahren im Zivilprozeß - aus dem es übernommen wird - von in Bezug auf den Prozeßgegenstand gleichgeordneten Rechtsträgern ausgehen kann. 297) Hier zeigt sich außerdem die Bedeutung des Art. 19 IV GG: 298) Der Weg zum Schiedsgericht kann nicht als Rechtsweg angesehen werden. Es würde dem Sinn der Rechtsweggarantie zuwiderlaufen, wenn gerade für den Fall einer Verletzung der Rechte eines Bürgers durch die öffentliche Gewalt eine Vereinbarung zwischen dem Träger der öffentlichen Gewalt und dem Bürger den Rechtsweg ausschalten könnte. Man wird dem Hoheitsträger im Subordinationsverhältnis generell das Recht absprechen müssen, solche den Rechtsweg ausschließenden Vereinbarungen abzuschließen. In der Frage der Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen gibt es keinen Unterschied zwischen auf VAe oder auf andere AHen bezogenen Streitigkeiten: Wie die eben erörterten Argumente zeigen, ist für die Verneinung der Zulässigkeit allein das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses maßgeblich. Für den Bereich der koordinationsrechtlichen Streitigkeiten 299) steht einer Schiedsvereinbarung bei

296) ULE, § 168, I; KOEHLER, § 168 III; KLINGER, § 40, B II 4b; HAUEISEN, NJW 1962, 2130f; LERCHE, Jschr. II, S. 87; MÜLLER, NJW 1963, 283f; BVwG v. 5.6.1959, DVBl. 1959, 712.

297) BVwG, aaO.; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, § 1025, II 2.- Vgl. hierzu § 1025 II ZPO, wonach durch wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit erzwungene Schiedsverträge unwirksam sind (s. MÜLLER, NJW 1963, 283).

299) Aus dem Vorangegangenen wird man folgern müssen, daß keine Schiedsvereinbarungen in subordinationsrechtlichen verwaltungsrechtlichen Verträgen enthalten sein können; Streitigkeiten aus solchen Verträgen (dazu s.u. S. 161) sind deshalb hier auszunehmen.

Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1025 ff ZPO grundsätzlich nichts im Wege. 300)

4.653 Die hM verneint die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen 301) für den ganzen Verwaltungsprozeß.302) Sie führt dafür an: das frühere Recht, 303) die öffentlich-rechtliche Natur der verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten (das "Wesen des Verwaltungsprozesses" 304)), den Untersuchungsgrundsatz 305) und das Vorhandensein einer geschlossenen Regelung in der VwGO; schließlich folge aus § 53 I Nr.3, wonach bei Zuständigkeit mehrerer Verwaltungsgerichte das nächsthöhere Gericht das zuständige Gericht bestimmen soll, daß an eine Wahlmöglichkeit für die Parteien nicht gedacht sei. 306) Diese Argumente tragen das pauschale Verbot der Prorogation (in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit) jedoch nicht. Das frühere Recht ist für diese Frage nicht sehr ergie-

300) ULE, § 168, 1; BVwG v.5.6.1959, aaO.(Fn.296); VGH STUTTGART v.11.3.1958, aaO.(Fn.298); weitere Nachweise s. Fn.296.

301) Diese Streitfrage bezieht sich nur auf die örtliche Zuständigkeit; die Unwirksamkeit von Vereinbarungen in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit ist unbestritten (ULE, § 45, Anm. m.w.N.); hier ist die Dispositionsbefugnis der Parteien eingeschränkt, weil i.d.R. nur das VG als erstinstanzliches Gericht in Frage kommt - im Gegensatz zum Zivilprozeß, in dem AG und LG 1. Instanz sein können (vgl. HAMANN, DVBl.1951,157; BAUMBACH-LAUTERBACH, 1a vor § 38 ZPO).

302) EYERMANN-FRÖHLER, § 52, 35f; REDEKER-VON OERTZEN, § 52, 2; SCHUNCK-DE CLERCK, § 83, 5; ULE, § 52, 1.

303) EYERMANN-FRÖHLER, § 52, 36; ULE, § 52, 1.

304) So ULE, § 52, 1.

305) EYERMANN-FRÖHLER, aaO. (Fn.303) beziehen sich auf die "Offizialmaxime", gebrauchen diesen Begriff aber im weiten -den Untersuchungsgrundsatz einschließenden- Sinn; vgl. o. Fn.279.

306) So vor allem EYERMANN-FRÖHLER, aaO.(Fn.303); ULE,aaO.

big. 307) In ihrem Wesen unterscheiden sich Verwaltungsprozeß 308) und Zivilprozeß nicht so sehr, daß nicht auch im Verwaltungsprozeß weithin die Dispositionsmaxime gilt; 309) Und nur um eine Frage der Dispositionsmaxime handelt es sich hier, 310) um eine Verfügung über den Prozeß, nicht um den Tatsachenstoff.

Von einigen Autoren wird die Zulässigkeit der Prorogation "grundsätzlich" bejaht. 311) Argumente dafür sind einmal die Dispositionsmaxime und zum anderen die Zweckmäßigkeitserwägungen, mit denen Gerichtsstandsvereinbarungen meist motiviert werden. Auch die Begründung der Regierungsvorlage

---

307) In §§ 27 VGG, 29 VGGRhPf, 53 PräsE war die Prorogation ausgeschlossen (zu § 27 VGG s. aber EYERMANN-FRÖHLER, VGG, § 27, 2); die MRVO enthielt keine Regelung; für die VwGO hat der Gesetzgeber bewußt von einer Regelung abgesehen, vgl. Begr. zu § 54 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.36. Das PrOVG hat die Prorogation bezgl. der örtlichen Zuständigkeit seit E 5, 469 ständig abgelehnt (vgl. die Nachweise bei KLINGER, § 53, D, S.267), die Begründung ist aber nicht tragfähig - abgesehen davon, daß auch heute § 40 II ZPO zu berücksichtigen ist. Außerdem behandeln manche Entscheidungen nicht Zuständigkeitsfragen i.e.S., sondern Rechtswegfragen, so die bei EYERMANN-FRÖHLER, § 52, 36, zitierte PrOvGE 71, 364(373) und BAY.VGHE a.F. 18,219.

308) vgl. o. S. 85.

309) s.o. S. 131 f.

310) LÜKE, JuS 1961, 42 Fn.17.

311) KLINGER, § 53, D, S.267f; LÜKE, aaO.; RUPP, AöR 85, 331 Fn.56.

schließt die Prorogation nicht aus; sie spricht vielmehr von der Möglichkeit einer Differenzierung zwischen "Anfechtungsprozessen" und "Parteistreitigkeiten". 312) Tatsächlich spricht die eingehende, auf alle subordinationsrechtlichen Streitigkeiten auszudehnende 313) Regelung der Zuständigkeit für die VA-bezogenen Klagen (§§ 52 Nr.2-4, 53 Nr.3) gegen die Zulässigkeit der Prorogation in subordinationsrechtlichen Streitigkeiten. 314) Die Zuständigkeitsregelung soll dem Bürger ein besonderes sachkundiges und dabei möglichst ortsnahes Gericht zur Verfügung stellen. 315) Diese zwischen dem öffentlichen Interesse und dem Interesse des Bürgers ausgleichenden Vorschriften können ihrem Sinn nach nicht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. 316) In koordinationsrechtlichen Streitigkeiten fehlt eine eingehende Regelung, die hier maßgebliche Bestimmung (§ 52 Nr.5: Gerichtsstand am Sitz des Beklagten) verfolgt wie im Zivilprozeßrecht den Zweck, den Kläger von unüberlegten Prozessen abzuhalten; 317) es besteht kein Grund, die Parteien auf diese Regelung festzulegen. In koordinationsrechtlichen Streitigkeiten ist deshalb eine Gerichtsstandsvereinbarung zulässig. 318)

312) Begr. zu § 54 EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.36.

313) vgl. o. S. 100 f.

314) vgl. KLINGER, § 53, D aE.

315) vgl. Begr. zu § 54 EVwGO, aaO.(Fn.312), S.35f.

316) Im Ergebnis ebenso KOEHLER, § 52, IX; vgl. auch EYERMANN-FRÖHLER, VGG, § 27, 1f.

317) vgl. o. S. 101.

318) So -außer den die Zulässigkeit der Prorogation allgemein bejahenden Autoren (s.Fn.311)- KOEHLER, § 52, IX; vgl. auch KLINGER, § 53, D (S.268); EYERMANN-FRÖHLER, aaO.(Fn.316). - Dies gilt allerdings nur im Rahmen des § 40 ZPO, ausgeschlossen sind danach Gerichtsstandsvereinbarungen, bei denen nicht-vermögensrechtliche Ansprüche betroffen sind, und bei Klagen, für die ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht (hier besonders § 52 Nr. 1 VwGO).

4.654 Die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses (vgl. §§ 288ff ZPO) ist ein Ausfluß des Verhandlungsgrundsatzes. 319) In den vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren hat das Geständnis keine bindende Wirkung. 320) Weil der Untersuchungsgrundsatz grundsätzlich auch im Verwaltungsprozeßrecht gilt (vgl. § 86 I), wird auch hier dem Geständnis meist die bindende Wirkung abgesprochen. 321) Allerdings gilt der Untersuchungsgrundsatz nicht uneingeschränkt wie z.B. die Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Erforschung des Sachverhalts (§ 86 I 1 2.HalbS.) zeigt. 322) Differenzierungen für die einzelnen Verfahrenstypen sind im Gesetz jedoch nicht vorgesehen. 323) Dabei spricht einiges für eine Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes in koordinationsrechtlichen Streitigkeiten und damit für die Zulässigkeit eines bindenden Geständnisses, 324) da im Koordinationsverhältnis weniger Interesse an

---

319) NIKISCH, § 67 II2; BLOMEYER, § 68 IV; BAUMBACH-LAUTERBACH, § 288, 3 B.

320) z.B. (grundsätzlich) in der freiwilligen Gerichtsbarkeit: § 12 FGG (LENT-HABSCHEID, § 19 II 1); im Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungsprozeß: §§ 617, 640, 670, 679, 684, 686 ZPO.

321) KLINGER, § 86 A 1 (S.422); REDEKER-VON OERTZEN, § 86, 6; § 173, 2; SCHUNCK-DE CLERCK, § 86, 1b (S.402); ULE, DVBl.1954,145; LANG, VwArch.52,191.

322) s. dazu BVwG v.6.12.1963, DVBl.1964,192 mit kritischer Besprechung von MENGER, VwArch.55,388f.

323) KOEHLER, § 86, A IV.

324) In der Literatur wird in diesem Zusammenhang -allerdings zu Unrecht, zum Teil auf der in Fn.279 kritisierten Begriffsverwirrung beruhend- öfter auf die Dispositionsbefugnis der Parteien abgestellt, so von BAUR, § 18 III 1, der für echte Streitsachen das bindende Geständnis zulassen will (a.M. wohl KEIDEL, § 12 FGG, 111), und EYERMANN-FRÖHLER, § 86, 3 (aber unklar, and. DIES., § 173, 4); vgl. auch LANG, VwArch. 52,189.

einer gerichtlichen Aufklärung des Sachverhalts besteht. Einer - den Untersuchungsgrundsatz in diesem Fall auf subordinationsrechtliche Streitigkeiten beschränkenden - restriktiven Auslegung 325) steht jedoch der eindeutige, nicht differenzierende Wortlaut des § 86 I entgegen.

4.655 Bei der Frage der Zulässigkeit des Versäumnisurteils ist zwischen dem Versäumnisurteil gegen den Beklagten und dem Versäumnisurteil gegen den Kläger zu unterscheiden. 326)

Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten gem. § 331 ZPO beruht darauf, daß der Säumnis die Wirkung eines Geständnisses beigelegt wird, es folgt also wie dieses aus dem Untersuchungsgrundsatz. Die Zulässigkeit des Versäumnisurteils gegen den Beklagten wird deshalb für den Verwaltungsprozeß allgemein verneint. 327) Wie beim Geständnis wäre auch für das Versäumnisurteil eine Ausnahme bezüglich der koordinationsrechtlichen Streitigkeiten angebracht: 328) Die koordinationsrechtlichen Streitigkeiten haben große Ähnlichkeiten mit dem gewöhnlichen Zivilprozeß. Zwar meint ULE, 329) im Zivilprozeß ergingen die meisten Versäumnis-

---

325) i.S. einer "teleologischen Reduktion", vgl. LARENZ, S.296ff.

326) Oft wird die Zulässigkeit des Versäumnisurteils mit einer in dieser Form unzutreffenden Folgerung aus dem Untersuchungsgrundsatz allgemein verneint, so z.B. Begr. zu § 103 II EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.42; EYERMANN-FRÖHLER, § 107, 8; KLINGER, § 107, C 5 (S.497) m.w.N.

327) So -außer den in Fn.326 genannten- ULE, DVBl.1954,145; DERS., § 107, II 1; LÜKE, JuS 1961, 47f.

328) Für die Zulässigkeit des Versäumnisurteils gegen den Beklagten LINN, DVBl.1956,819; BAUMGÄRTEL, ZZP 73,409 (für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten vor Zivilgerichten); vgl. auch § 79 LVG.

329) DVBl.1954, 145.

urteile nicht deshalb, weil der Beklagte die Leistungspflicht bestreitet, sondern nur, weil er noch nicht leisten kann oder will, und für solche Fälle sei im Prozeß gegen eine Verwaltungsbehörde kein Raum, denn diese habe "einen öffentlichen Amtsauftrag zu erfüllen". 330) Diese Auffassung scheint jedoch schon für den Zivilprozeß nicht allgemeingültig zu sein; außerdem läßt sich eine derartige Motivation für ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten in koordinationsrechtlichen Streitigkeiten durchaus denken, 331) und zwar nicht nur in Bürgerverurteilungsklagen, sondern auch in Klagen zwischen anderen gleichgeordneten Rechtsträgern (z.B. Körperschaften des öffentlichen Rechts). Einer Zulassung von Versäumnisurteilen gegen den Beklagten in koordinationsrechtlichen Streitigkeiten steht aber zunächst § 86 I entgegen, gegen eine restriktive Auslegung bestehen die gleichen Bedenken wie beim Geständnis. Hinzu kommt, daß ein derartiger prozessualer Nachteil, wie er mit einem Versäumnisurteil verbunden ist, im Gesetz festgelegt und damit vorhersehbar sein müßte. 332) Daran fehlt es hier (vgl. § 102 II). 333)
Daher kann auch in koordinationsrechtlichen Streitigkeiten ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten de lege lata nicht zugelassen werden; de lege ferenda spräche jedoch einiges dafür.

Bei Säumnis des Klägers ist in den gewöhnlichen Zivilprozeßverfahren gem. § 330 ZPO die Klage abzuweisen; dieses Versäumnisurteil gegen den Kläger wirkt also wie ein Verzichtsurteil 334) und wird wie dieses als Ausfluß der Dispositions-

---

330) Gemeint sind offenbar alle subordinationsrechtlichen Verfahren.

331) So LINN, DVBl. 1956, 819.

332) So auch BAUR, § 18 III (S. 187)!

333) LÜKE, JuS 1961, 46; EYERMANN-FRÖHLER, § 107, 8; vgl. auch u. Fn. 337.

334) ULE, DVBl. 1954, 145; NIKISCH, § 76 I 2, IV 1a; SCHÖNKE, § 79 III 1; zum Verzicht s.u. S. 142 ff.

maxime angesehen. 335) Mit der Begründung, auch im Verwaltungsprozeß gelte die Dispositionsmaxime, wird oft für die Zulässigkeit des Versäumnisurteils gegen den Kläger plädiert; 336) wobei die Zulässigkeit de lege lata wegen § 102 II mit Recht verneint wird. 337) Auch hier gilt der Gedanke, daß eine den Parteien derart nachteilige Möglichkeit wie das Versäumnisurteil im Gesetz hätte ausdrücklich geregelt (angedroht) werden müssen. 338) Deshalb ist auch hier eine Unterscheidung zwischen

---

335) So ULE, aa0.; LÜKE, JuS 1961,47. - A.M. RUPP, AöR 85,193, der die dem § 330 ZPO zugrundeliegende Fiktion für mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar hält. RUPP (aa0., S.194) befürwortet für den Verwaltungsprozeß nach dem Vorbild des Ehenichtigkeitsprozesses (§ 635 ZPO) ein Versäumnisurteil gegen den Kläger dahin, daß die Klage als zurückgenommen gilt. Er meint, allein dieses Versäumnisurteil ohne Rechtskraftwirkung sei ausschließlich Ausfluß der Dispositionsmaxime und berühre den Untersuchungsgrundsatz deshalb nicht. - Dagegen ist einzuwenden, daß RUPP die Parallele des Versäumnisurteils gem. § 330 ZPO zum Verzichtsurteil nicht berücksichtigt und einen zu engen Begriff der Dispositionsmaxime zugrundelegt. Vgl. LÜKE, JuS 1961, 46, 47 Anm.71.

336) ULE, aa0.; LÜKE, JuS 1961,47; BAUMGÄRTEL 73,404 (für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten vor Zivilgerichten).

337) So die in der vorigen Fn. genannten und OVG MÜNSTER v.30.10.1963, JZ 1964,566 m.w.N.; gegen das Argument aus § 102 II: RUPP, AöR 85,192, der die Bedeutung des § 102 II als der einzigen das Ausbleiben einer Partei betreffenden Vorschrift unterschätzt; vgl. Begr. zu § 103 II EVwGO, BT-Drucks.55/III, S.42, und die ausführliche Regelung der Säumnisfolgen in der ZPO (§§ 330 ff).

338) Hier kann offen bleiben, ob die Dispositionsmaxime im Verwaltungsprozeß nur ein Versäumnisurteil entsprechend § 635 ZPO oder auch das Versäumnisurteil gem. § 330 ZPO

subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Verfahren nicht möglich, obwohl sie nahe liegt: in subordinationsrechtlichen Streitigkeiten ist ein Verzicht weitgehend ausgeschlossen; 339) dagegen bestehen in den koordinationsrechtlichen Verfahren gegen einen Verzicht keine Bedenken, in diesen Verfahren wäre daher wie in den verwandten gewöhnlichen Zivilprozeßverfahren das Versäumnisurteil gegen den Kläger (de lege ferenda) zuzulassen.

4.656 Der Verzicht (§ 306 ZPO) wurde früher als mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar im Verwaltungsprozeß abgelehnt. 340) Heute wird er meist - als Ausfluß der Dispositionsmaxime - für zulässig gehalten. 341) Das ist insoweit richtig, als die Zulässigkeit des Verzichts von der tatsächlichen Urteilsgrundlage und damit vom Untersuchungsgrundsatz nicht abhängt. Aber allein mit der Dispositionsmaxime läßt sich die Zulässigkeit des Verzichts auch nicht begründen, wenn man - wie die hM von der Doppelnatur des Verzichts ausgehend 342) - dem Verzichtsurteil materielle Rechtskraft bezüglich des Streitgegenstands beilegt: 343) Dem Verzichtenden muß auch die materiell-rechtliche Verfügungsbefugnis zustehen. Diese Verfügungsbefugnis fehlt den Parteien z.B. in Bezug auf die - rechtskräftige - Feststellung der Rechtmäßigkeit einer

---

Zu 338) deckt oder ob insoweit Unterschiede zwischen subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Verfahren bestehen.

339) Dazu s. den folgenden Abschnitt (4.656).

340) So z.B. KLINGER, MRVO, § 32, A (S.231 Anm.164), § 71, D(S.426); BVwGE 4,312 (315).

341) KLINGER, § 86, A1; ULE, § 107, II 1; SCHUNCK-DE CLERCK, § 86, 1b cc; LÜKE, JuS 1961,45f; REDEKER-VON OERTZEN, § 86, 5. - Vgl. auch RUPP, AöR 85,196ff, der auf einen aus § 108 I hergeleiteten sog. Überzeugungsgrundsatz abstellen will; dagegen mit Recht LÜKE, JuS 1961,46; s. auch o. Fn.335.

342) SCHUNCK-DE CLERCK, aaO.; LÜKE, JuS 1961,46; s. aber auch LENT-JAUERNIG, § 47 VI m.w.N.

343) vgl. LANG, VwArch.52,88, 178.

AH. 344) Deshalb kann die Zulässigkeit des Verzichts nicht mit der Behauptung begründet werden, der Kläger könne über die Klageerhebung entscheiden, er müsse daher auch im Prozeß auf den Anspruch verzichten können. 345) Dieses Argument kann nur die Zulässigkeit einer Klagerücknahme rechtfertigen. Unzutreffend erscheint auch die Behauptung, der Verzicht als zugleich materielles Rechtsgeschäft lasse die AH rechtmäßig werden, ein Verzichtsurteil mit Rechtskraftwirkung sei deshalb nicht ausgeschlossen, 346) denn materiell-rechtlich wird ein Verzicht auf die Rechte, die durch die AH angeblich verletzt sind, regelmäßig nicht möglich sein. 347)

Für die Leistungsklage gilt hier nichts anderes, auch hier würde die Rechtskraft des Verzichtsurteils die Feststellung umfassen, daß dem Kläger ein Anspruch auf ein Tätigwerden der Verwaltung nicht zusteht. 348) Auch der in diesem Urteil fixierte materiell-rechtliche Verzicht wird im Subordinationsverhältnis i.d.R. nicht zulässig sein. In koordinationsrechtlichen Streitigkeiten steht der Zulässigkeit des Verzichts dagegen meist nichts im Wege. 349) Einschränkungen ergeben sich für diese Streitigkeiten nicht schon aus der besonders geschützten Stellung des Bürgers im Subordina-

---

344) vgl. LANG, VwArch.52,88; FORSTHOFF, § 14, 2b(S.276).

345) So aber ULE, § 107, II 1; BAUMGÄRTEL, ZZP 73,405.

346) So aber LANG, VwArch.52,179.

347) vgl. z.B. BEINHARDT, VwArch.55,229 (bes.Anm.216); MAUNZ, § 16 IV 1 (S.127); WOLFF I, § 43 Vc.

348) vgl. EYERMANN-FRÖHLER, § 121, 10c.

349) LANG, VwArch.52,88. - Hier gilt das gleiche wie für koordinationsrechtliche verwaltungsrechtliche Verträge. Zum Anwendungsbereich dieser Verträge s. BEINHARDT, VwArch. 55, 135f.

tionsverhältnis, sie ergeben sich nur aus der auch für das Koordinationsverhältnis besonders ausgestalteten Rechtsstellung des Hoheitsträgers. 350) Im Ergebnis bestehen auch in Bezug auf die Zulässigkeit des Verzichts im Verwaltungsprozeß Unterschiede: Sie beruhen auf der unterschiedlichen materiell-rechtlichen Verfügungsbefugnis im Subordinationsverhältnis einerseits 351) und im Koordinationsverhältnis andererseits: im Subordinationsverhältnis wird dadurch der Verfügungsgrundsatz stark eingeschränkt.

4.657 Beim Anerkenntnis erwartet man i.d.R. die gleiche Regelung wie beim Verzicht. Im Verwaltungsprozeß läßt die Verschiedenheit der Parteien diese Erwartung fragwürdig erscheinen: Der Verzicht wird regelmäßig vom Bürger, das Anerkenntnis dagegen vom Hoheitsträger ausgesprochen. Nach hM ist dieser Unterschied allerdings nicht entscheidend, auch die Zulässigkeit des Anerkenntnisses wird aus der Dispositionsmaxime hergeleitet, 352) und als zusätzliches Argument wird auf § 156 verwiesen. 353)

Die Besonderheit von Anerkenntnis und Verzicht gegenüber anderen Dispositionsakten (z.B. Klagerücknahme, Erledigungserklärung) liegt darin, daß ein entsprechendes Urteil ergehen muß, 354) in dem - nach einem Anerkenntnis - die

---

350) vgl. auch für die Grenzen des koordinationsrechtlichen Vertrages BEINHARDT, VwArch.55, 137.

351) Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die subordinationsrechtliche Klage VA-bezogen ist oder nicht.

352) So die in Fn.341 genannten. - Früher wurde das Anerkenntnis wie der Verzicht mit Rücksicht auf den Untersuchungsgrundsatz abgelehnt; vgl. o. Fn.340.

353) ULE, § 107, II 1 aE.; EYERMANN-FRÖHLER, 107, 7; BAUMGÄRTEL, ZZP 73,410; dagegen RUPP, AöR 85,199.

354) Voraussetzung ist ein entsprechender Antrag des Gegners, der regelmäßig vorliegen wird.

Rechtswidrigkeit der AH oder das Bestehen des Anspruchs rechtskräftig festgestellt wird. 355) Deshalb rechtfertigt auch beim Anerkenntnis die Feststellung, daß die Behörde den Kläger schon vor dem Prozeß klaglos stellen kann, nicht die Folgerung, daß sie auch im Prozeß zu einem Anerkenntnis berechtigt sein müsse. 356) Zwar ist die Behörde auch noch während des Prozesses zum Widerruf der AH oder zur Erfüllung des Anspruchs und zu einer diesen Handlungen folgenden Erledigungserklärung berechtigt; die Behörde hat jedoch nicht das Recht, eine das Gericht bindende Erklärung über die Rechtswidrigkeit ihrer eigenen Handlung (bzw. Unterlassung) oder das Bestehen des Klageanspruchs abzugeben. 357) Diese beschränkte Dispositionsbefugnis - darin kann man einen Unterschied zum Verzicht sehen - wird auch von Autoren anerkannt, 358) die dem Bürger das Recht zum Verzicht zugestehen.

Auch hier ist aber nicht maßgeblich, daß der Staat Partei ist, sondern daß er in einem Subordinationsverhältnis handelt, in dem beide Parteien nur einen geringen Spielraum zu materiell-rechtlichen Verfügungen haben. Im Koordinationsverhältnis - und damit bei koordinationsrechtlichen Streitigkeiten - werden die Parteien meist zu Verfügungen berechtigt sein, außerdem enthält das Anerkenntnisurteil hier keine Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Verwaltungsbehörde, ein Anerkenntnisurteil ist deshalb regelmäßig zulässig; 359) die

355) LANG, VwArch.52,88f.

356) So aber ULE, DVBl.1954,144; DERS., § 107, II 1; s. dazu schon o. bei Fn.345.

357) LANG, VwArch.52,89, 180; im Ergebnis ebenso BAUMGÄRTEL, ZZP 73,405. In der Begründung BAUMGÄRTELs mit dem öffentlichen Interesse an einer der Wahrheit entsprechenden Entscheidung der Verwaltungsgerichte wird allerdings die Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu stark betont.

358) So die in der vorigen Fn. genannten.

359) LANG, VwArch.52,88, 181; BAUMGÄRTEL, ZZP 73,409f.

Grenzen der Verfügungsbefugnis müssen allerdings auch hier beachtet werden. 360) Danach besteht letzten Endes doch kein Unterschied zwischen Anerkenntnis und Verzicht. Beide Prozeßhandlungen sind nur in koordinationsrechtlichen Streitigkeiten wirksam.

4.658 Der gerichtliche Vergleich (§ 106) wird grundsätzlich in subordinationsrechtlichen wie in koordinationsrechtlichen Verfahren als zulässig angesehen. 361) Nur für die VGG wurde wegen der Stellung der im übrigen dem § 106 entsprechenden Bestimmung des § 99 VGG im Abschnitt über die Parteistreitigkeiten die Zulässigkeit des Vergleichs in Anfechtungssachen bezweifelt. 362) Entsprechend der Doppelnatur des Vergleiches 363) genügt es jedoch nicht, die Zulässigkeit aus der (hier maßgeblichen) Dispositionsmaxime herzuleiten, 364) der Vergleich muß auch mit dem materiellen Recht übereinstimmen. Die materiell-rechtlichen Grenzen der Zulässigkeit des Vergleichs, auf die schon der Wortlaut des § 106 hinweist, sind problematisch; sie sind ebenso umstritten wie die allgemeinere Frage der Grenzen der Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages. 365)

---

360) LANG, aa0., S.88; BEINHARDT, VwArch.55,237; dagegen - ohne Begründung - für die uneingeschränkte Zulässigkeit des Anerkenntnisses REDEKER-VON OERTZEN, § 86, 5 aE.

361) EYERMANN-FRÖHLER, § 106, 4; KLINGER, § 106, C II 1; KOEHLER, § 106, II 1; SCHUNCK-DE CLERCK, § 106, 2a; ULE, § 106, I; §§ 40f EVwVfG mit Begr. S.185ff, 195f; LANG, VwArch.52,182; MENGER, VwArch.52,207.

362) Gegen die Zulässigkeit VAN HUSEN, § 99, I; VOCKE, in MANG I, S.166; - dafür EYERMANN-FRÖHLER, VGG, § 99, I 2; LINN, DVBl.1956,851; BITTER, BayVBl.1958,44,46.

363) REDEKER-VON OERTZEN, § 106, 1; LENT-JAUERNIG, § 48 II m.w.N.

364) LINN, DVBl.1956, 851.

365) Im folgenden können diese Streitfragen nur angedeutet werden.

Die Grenzen der Zulässigkeit des Vergleichs sind für die subordinationsrechtlichen Streitigkeiten wesentlich enger zu ziehen als für die koordinationsrechtlichen Verfahren: 366) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 367) und der Gleichheitssatz 368) sprechen hier in vielen Fällen gegen die Zulässigkeit. Die oft wiederholte Behauptung, besonders im Bereich behördlichen Ermessens sei ein Vergleich zulässig, 369) ist sehr fragwürdig, 370)

---

366) vgl. BEINHARDT, VwArch.55,229, 233f; MELLWITZ, DVBl. 1962,603; STEIN, AöR 86,328; STERN, VwArch.49,144f; ULE-BECKER, S.65ff (für den Vergleich im Verwaltungsverfahren); WOLFF I, § 44 Ib 2ff. - Für weitgehende Zulässigkeit §§ 40f EVwVfG mit Begr. S.185ff, 195f; ULE, § 106, I; EYERMANN-FRÖHLER, § 106, 4; § 40, 10; KLINGER, § 106, C II 2; dabei wird meist nur negativ verlangt, daß die Behörde den angefochtenen VA aufheben oder abändern oder den beantragten VA erlassen kann, ohne gegen zwingende gesetzliche Vorschriften zu verstoßen. Vgl. auch LÖWER, VwArch.56,239ff, 275f, der jedoch die materiellrechtliche Tragweite des Vergleichs verkennt.

367) RUPP, JuS 1961,62; STEIN, aa0.; STERN, VwArch.49,137ff, bes.139-143; vgl. auch MELLWITZ, aa0.

368) STERN, VwArch.49, 146; FORSTHOFF, § 14, 1 (S.265); EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 11.

369) So z.B. REDEKER-VON OERTZEN, § 106, 3; EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 12; LANG, VwArch.52,183; MENGER, VwArch.52,208.

370) So besonders STERN, VwArch.49,144f, der verlangt, daß auch bezgl. der Handlungsform der Behörde ausdrücklich ein Ermessensspielraum eingeräumt ist; ähnlich (aber weniger weitgehend) BEINHARDT, VwArch. 55,233f; STEIN, AöR 86,325.

in jedem Fall müssen auch die Grenzen der Verfügungsbefugnis des Bürgers beachtet werden. 371) Der meist zugelassene sog. tatsachenbedingte Rechtsvergleich 372) - bei unklaren tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs - ist nur dann zulässig, wenn die Unklarheiten nicht aufgeklärt werden können 373) und wenn die objektive Beweislast nicht beim Bürger liegt. 374) In subordinationsrechtlichen Verfahren ist der Prozeßvergleich also nur sehr begrenzt zulässig. Viel mehr Raum bieten die koordinationsrechtlichen Streitigkeiten dem Prozeßvergleich. 375) Die eben erörterten Bedenken treffen hier meist nicht zu. 376) Danach bestehen auch bezüglich der Zulässigkeit des Prozeßvergleichs wichtige Unterschiede zwischen subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Verfahren, die der Wortlaut des § 106 mit seiner einheitlichen Verweisung auf die Grenzen der Verfügungsbefugnis nur oberflächlich verdeckt.

4.66 Zusammenfassung

Überblickt man die für die Ausgestaltung der Verpflichtungsklage maßgeblichen Vorschriften, dann erkennt man,

---

371) BEINHARDT, VwArch.55,229(bes.Fn.216); EYERMANN-FRÖHLER, § 106, 4 aE.; MENGER, VwArch.52,209; vgl. BULLINGER, Vertrag, S.112f (II).

372) REDEKER-VON OERTZEN, § 106, 3; BEINHARDT, VwArch.55, 229; MELLWITZ, aa0. (Fn.366).

373) ULE-BECKER, S.67f; auch SCHUNCK-DE CLERCK, § 106, 2f; WOLFF I, § 44 Ib 3 (S.250).

374) ULE-BECKER, S.67.

375) Begr. zu § 40 EVwVfG, S.189; STERN, VwArch.49,145.

376) Aber auch im koordinationsrechtlichen Verfahren ist der Vergleich - wie der verwaltungsrechtliche Vertrag allgemein - nicht unbeschränkt zulässig; vgl. BEINHARDT, VwArch.55, 237.

daß diese Regelung nicht durch eine besondere Beziehung dieser Klageart auf den VA bestimmt wird: Die Auslegung führt fast immer zu einer Ausweitung auf alle subordinationsrechtlichen Leistungsklagen, während die koordinationsrechtlichen Leistungsklagen meist nicht mit einbezogen werden. Die entscheidende Trennungslinie verläuft nicht zwischen VA-bezogenen und anderen Leistungsklagen, vielmehr grenzt sie die Klagetypen der subordinationsrechtlichen Leistungsklage und der koordinationsrechtlichen Leistungsklage voneinander ab. Das zeigt sich selbst dort, wo das Gesetz keine Unterscheidung trifft, wo die Einführung von im Zivilprozeß bewährten Vorschriften für die koordinationsrechtliche Leistungsklage aber dennoch sinnvoll erscheint (zB. bezüglich Geständnis und Versäumnisurteil).

Den im Klagetyp der subordinationsrechtlichen Leistungsklage zusammengefaßten Streitigkeiten ist gemeinsam die besonders geschützte prozessuale Stellung des Bürgers (z.B. Ausschluß der Prorogation, Verbot der Widerklage, Zulässigkeit des Feststellungsurteils entsprechend § 113 I 4) aber auch die Berücksichtigung der im Subordinationsverhältnis besonders wichtigen Effektivität der Verwaltung (z.B. Erfordernis des besonderen Rechtsschutzbedürfnisses und der Fristregelung) und die Bemühung um einen Ausgleich zwischen diesen beiden Zielen (z.B. bei der Regelung der örtlichen Zuständigkeit und des Vorverfahrens); außerdem wird dieser Klagetyp charakterisiert durch die wesentliche Beschränkung der materiell-rechtlichen Verfügungsbefugnis beider Parteien (mit der Folge, daß z.B. Verzicht, Anerkenntnis und Vergleich ausgeschlossen sind). Für die koordinationsrechtliche Leistungsklage gelten alle diese Erwägungen nicht, kennzeichnend für diesen Klagetyp ist die aus der Gleichordnung der Parteien folgende Vergleichbarkeit mit den gewöhnlichen zivilprozessualen Verfahren; die Tatsache, daß ein Hoheitsträger Partei ist, ändert daran grundsätzlich nichts (eine Ausnahme bedeutet die Beschränkung der Vollstreckung gegen die öffentliche Hand).

4.7 Der materielle Begriff der subordinationsrechtlichen und der koordinationsrechtlichen Streitigkeiten

4.71 Der materielle Begriff der Subordination im allgemeinen

4.711 Bisher wurde versucht, eine Begründung für eine Einteilung der Leistungsklagen zu geben, die nicht die angebliche Bedeutung des VAes zugrundelegt, sondern die an das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses anknüpft: für eine Einteilung der Leistungsklagen in einen subordinationsrechtlichen und einen koordinationsrechtlichen Klagetyp. Nun soll diese Einteilung präzisiert werden: Bisher wurde nur der prozessuale Begriff der Subordination abgelehnt; 377) jetzt ist zunächst die bisher ausgesparte Definition des Subordinationsverhältnisses im materiellen Sinn nachzuholen.

4.712 Den Begriff des Subordinationsverhältnisses im materiellen Sinn findet man meist zur Kennzeichnung des öffentlichen Rechts. Das Subordinationsverhältnis definieren z.B. EYERMANN-FRÖHLER als "Verhältnis, in dem der einzelne Beteiligte kraft seiner Unterwerfung unter die Gewalt des Staates (oder einer sonstigen öffentlichen Gemeinschaft) zu dieser öffentlichen Gewalt oder ihren Trägern oder den der gleichen Gewalt Unterworfenen steht." 378) Nach FORSTHOFF bezeichnet die Subordination die im öffentlichen Recht vorherrschenden Sozialbeziehungen. 379) Kennzeichnend für das Subordinationsverhältnis sei der VA als typisches Gestaltungsmittel. 380) Dazu ist zunächst zu wiederholen, daß dem VA in diesem Zusammenhang keine entscheidende - andere AHen ausschließende - Stellung zukommen kann; der Begriff der Subordination wird durch diese Korrektur nicht wesentlich betroffen.

---

377) s.o. S. 58 f. .

378) EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 3; H.SCHÄFER, Jschr.I, S.165.

379) FORSTHOFF, S.107.

380) EYERMANN-FRÖHLER, aa0. (Fn.378); FORSTHOFF, aa0.

Der Begriff der Subordination wird als entscheidendes Kriterium einer Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht weitgehend verworfen. 381) WOLFF begründet seine Ablehnung unter anderem damit, daß die Subordination nur die Folge des Unterschieds zwischen obrigkeitlichen und privaten Subjekten sei, daß sie an einen typischen sozialen Sachverhalt anknüpfe; diese sozialen Lebensverhältnisse und ihre rechtliche Regelung deckten sich aber nur im Idealfall, daher könne man nicht an diese Lebensverhältnisse anknüpfen, sondern man müsse an die Besonderheit der öffentlich-rechtlichen Rechtssätze anknüpfen. 382) Diese Kritik an der Definition des öffentlichen Rechts ist nicht für die wesentlich andere Frage der Einteilung der verwaltungsgerichtlichen Klagetypen bestimmt. 383) Sie gilt aber wegen ihrer Allgemeinheit auch für diese Frage. Hier genügt es festzustellen, daß das Bestehen der Subordination als sozialer Sachverhalt auch von WOLFF nicht abgestritten wird und - soweit ist WOLFF zu folgen - daß das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisse vor allem anderen am Charakter der rechtlichen Regelung erkannt werden kann.

4.713 Eine abweichende Definition versucht BEINHARDT: Subordinationsrecht liege "wohl immer dann (vor), wenn der Hoheitsträger dem Staatsbürger bei der unmittelbaren Verwirklichung öffentlicher Zwecke (Gemeinwohl) auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts entgegentritt," dazu gehöre i. d. R. auch die öffentlich-rechtlich normierte Beschaffung personeller und sächlicher Mittel. Koordinationsrechtlich seien dagegen die Rechtsbeziehungen der Hoheitsträger untereinander, falls dafür nicht besondere Aufsichtsbefugnisse normiert seien, und ausnahmsweise auch Rechtsbeziehungen zwischen Hoheitsträger und Privatpersonen, ganz sel-

---

381) Auch die Befürworter stellen meist auf zusätzliche Merkmale ab, vgl. u. Fn.412.

382) WOLFF, AöR 76,211f; vgl. WOLFF I, § 22 IIa 7.

383) s. zur Frage der Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht z.B. WOLFF I, § 22 II; BULLINGER, Vertrag, S.38f; MENGER, VwArch.54,397.

ten zwischen Privatpersonen untereinander. 384) Diese Begriffsbestimmung dient der Abgrenzung zwischen subordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichem Vertrag, unterscheidet sich also auch nach ihrem Zweck von den üblichen Definitionen; sie stützt sich auf die Unterscheidung zwischen unmittelbarer öffentlicher Verwaltung (diese umfaßt alle Verwaltungshandlungen, die unmittelbar auf die Verwirklichung des Gemeinwohls gerichtet sind) und mittelbarer öffentlicher Verwaltung (diese umfaßt alle Verwaltungshandlungen, die der Ausstattung der Verwaltungsträger mit personellen und sächlichen Mitteln dienen, damit dadurch die (primäre) Verwirklichung des Gemeinwohls gesichert wird). 385)

Diese Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verwaltung ist praktisch nicht durchführbar. Die Begriffe haben im deutschen Recht keinen festen Inhalt. 386) Außerdem wird die Möglichkeit und die Berechtigung einer solchen Differenzierung mit Recht oft bezweifelt. So weist ZEIDLER 387) z.B. auf die nach BEINHARDT der mittelbaren Verwaltung zuzurechnenden Vorbereitungsmaßnahmen hin (etwa Beschaffung von Material für den Straßenbau) und behauptet, auch diese dienten unmittelbar öffentlichen Zwecken. Und WOLFF 388) stellt (in Bezug auf die vergleichbare Interessentheorie bei der Abgrenzung öffentliches Recht/Privatrecht) lapidar fest, daß alles Recht öffentlichen Interessen (und letztlich Individualinteresse) dient.

---

384) BEINHARDT, VwArch.55, 213f.

385) BEINHARDT, VwArch.55, 152f.

386) anders im französischen Recht; s. BEINHARDT, aa0., S.153.

387) VVDStRL 19,238.

388) WOLFF I, § 22 IIb 6.

4.714 Im folgenden soll daher vom herkömmlichen Begriff der Subordination ausgegangen werden. Damit ist bei Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses im konkreten Fall eine subordinationsrechtliche Klage, bei Gleichordnung der Beteiligten eine koordinationsrechtliche Klage gegeben. Diese recht ungenauen Begriffe der Unter- bezw. Gleichordnung sollen im folgenden Abschnitt präzisiert werden, wobei auch die oben dargestellte Kritik WOLFFs berücksichtigt werden wird.

Allerdings müssen zunächst Assoziationen an eine 'rechtliche Überlegenheit des Staates über seine 'Untertanen'" 389) zurückgewiesen werden, wenn man den Begriff der Subordination als Anknüpfungspunkt für die Einteilung von Verfahren und Klagetypen verwenden will; Assoziationen an die in der Staatsauffassung der konstitutionellen Monarchie wurzelnde Überbetonung des VAes, 390) des "einseitigen mit Zwang verbundenen Befehls", 391) der "dem Untertanen ... bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll". 392) Solche Auffassungen, die seit langem verfassungsrechtlich überholt sind, sollen mit einer neuen Verwendung des Begriffs der Subordination im Verwaltungsprozeßrecht nicht wiederbelebt werden. Der Begriff wird hier vielmehr wegen seiner Anschaulichkeit übernommen, denn er spiegelt das tatsächlich bestehende, in den Rechtsnormen begründete, soziale Übergewicht der Verwaltung wieder, das auch im demokratischen Staat gerechtfertigt ist, allerdings nur mit dem Ziel, das Funktionieren der Verwaltung überhaupt zu gewährleisten. 393)

389) vgl. WOLFF I, § 22 IIb 7.

390) vgl. dazu o. S. 34 f.

391) FORSTHOFF, S.107 bei der oben (bei Fn.379) erwähnten Definition der Subordination.

392) OTTO MAYER I, S.93.

393) vgl. dazu o. S. 36.

4.72 Der materielle Begriff der Subordination im Prozeßrecht

4.721 Ohne nähere Bestimmung ist der Begriff der Subordination für die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verfahren praktisch kaum verwertbar. Einen Anhaltspunkt für diese Bestimmung bietet die - den spiegelbildlichen Begriff der koordinationsrechtlichen Streitigkeiten betreffende - Definition der Parteistreitigkeiten in § 85 I VGG:

> "Parteistreitigkeiten sind Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern. Gleichgeordnet in einer Streitsache sind zwei Rechtsträger dann, wenn weder die Geltendmachung noch die Ablehnung des Anspruchs durch einen der beiden Rechtsträger eine verbindliche Entscheidung über den Anspruch enthält."

Diese Definition ist allerdings zugleich der Ausgangspunkt für den Streit zwischen der materiellen und der prozessualen Auffassung. Nach der materiellen Auffassung besteht Gleichordnung, "wenn keiner ... eine den anderen bindende Entscheidung über den Streitgegenstand treffen kann" 394) (besser: darf 395)), sie stellt grundsätzlich auf das Fehlen der Entscheidungsbefugnis im konkreten Fall ab. Die prozessuale Auffassung entnimmt aus § 85 VGG, daß maßgeblich sei, daß keiner eine solche Entscheidung erlassen hat. 396) Diese i.d.R. an das Vorliegen eines VAes 397) anknüpfende Auffassung ist schon ausführlich kritisiert worden: Sie beruht auf einer Überschätzung des VA-Begriffs 398) und kann auch nicht auf die Behauptung der Rechtsmittelähnlichkeit der subordinations-

---

394) EYERMANN-FRÖHLER, VGG, § 85, 1; ebenso DIES., § 40 VwGO, 8 und 3 aE.; ähnlich wohl JELLINEK, DRZ 1948, 271 ("kann oder will").

395) vgl. PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 54, 6c.

396) HEGEL, DÖV 1965,414; BACHOF, VerfR.I, S.71; HUFNAGEL, § 85, Anm.; MENGER, System, S.219f, VwArch.55, 82.

397) Zum VA i.w.S. als Anknüpfungspunkt s.u. S. 160 f.

398) s.o. 3.32 (S.58 f, 16 ff).

rechtlichen Streitigkeiten (als "nachträgliche Verwaltungsstreitsachen") gestützt werden. 399)

4.722 Jedoch kann die aus § 85 VGG abzuleitende Definition des Subordinationsverhältnisses nicht einfach übernommen werden, sie muß ergänzt und in einem Punkt auch korrigiert werden. Ergänzend ist festzustellen, 400) daß ein Subordinationsverhältnis nicht nur dann besteht, wenn einem der Beteiligten (im Normalfall der Behörde gegenüber dem Bürger) eine "Entscheidungsbefugnis" eingeräumt ist, sondern auch dann, wenn die Behörde eine subordinationsrechtliche Maßnahme unbefugt vornimmt; 401) sei es daß sie in einem Sachgebiet handelt, in dem sie grundsätzlich zu solchen Maßnahmen ermächtigt ist und daß eine solche Maßnahme nur im konkreten Fall (z.B. durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag) ausgeschlossen ist, sei es daß ihr diese Befugnis für ein bestimmtes Sachgebiet allgemein fehlt (z.B. im fiskalischen Bereich): 402) Hier wird das Subordinationsverhältnis erst durch die subordinationsrechtliche Maßnahme hergestellt. Diese Ergänzung läßt den Unterschied beider Auffassungen für die Gestaltungsklage weitgehend als theoretisch erscheinen, man wird für diese Klage regelmäßig auf das Vorliegen eines Subordinationsakts abstellen können, der im

---

399) s.o. 3.33 (S.59 ff).

400) Diese Ergänzung betrifft vor allem den Bereich der Anfechtungsklage, sie ist aber für den -nicht auf den Bereich der Leistungsklage beschränkten- Begriff des Subordinationsverhältnisses nicht unwesentlich.

401) s. MENGER, VwArch.54,396-398; EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 2 (beide mit Hinweisen auf entgegengesetzte Tendenzen in der Rechtsprechung); OBERMAYER, VA, S.57.

402) Hier spielt die Form der Maßnahme eine entscheidende Rolle; MENGER, VwArch.54,398; s. dazu auch EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 11a; OBERMAYER, aa0.

Normalfall als Indiz für das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses gelten kann. In Zweifelsfällen ist jedoch auch bei der Gestaltungsklage das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses im materiellen Sinn entscheidend (z.B. bei einer Klage gegen einen auf einem verwaltungsrechtlichen Vertrag beruhenden VA). 403) Uneingeschränkt ist die Bedeutung des vom formellen unterschiedenen Begriffs der Subordination im Bereich der Leistungsklage.

Soweit die Definition des § 85 VGG (besonders die Wörter "verbindliche Entscheidung") auf einen VA hinweist, muß eine den bisherigen Erörterungen entsprechende Korrektur vorgenommen werden: Charakteristisch für die subordinationsrechtlichen Streitigkeiten ist ihre Grundlage in Art. 19 IV GG, sie müssen alle Maßnahmen im Subordinationsverhältnis umfassen, die Rechte verletzen können. 404) Für die Definition der subordinationsrechtlichen Streitigkeiten genügt es daher (auf die Leistungsklage bezogen 405))festzustellen, ob ein Beteiligter berechtigt ist, auf Grund seiner übergeordneten Stellung rechtserhebliche Handlungen vorzunehmen, deren Unterlassung Rechte beeinträchtigen würde. 406) Negativ sind als subordinationsrechtlich alle Rechtsverhältnisse zu bezeichnen, die nicht dem Bereich der fiskalischen Verwaltung 407) angehören und für die kein Gleich-

---

403) In diesem Fall wird wohl nur eine koordinationsrechtliche Klage in Betracht kommen; vgl. u. S. 161.

404) s.o. S. 80 ff, 83 f.

405) Für die Gestaltungsklage kann man -wie eben gezeigt- i. d.R. auf das Vorliegen einer subordinationsrechtlichen Maßnahme abstellen.

406) Genaueres zur Bestimmung der AH als Klageziel der subordinationsrechtlichen Leistungsklage s.u. S. 162 ff.

407) Zu diesem Begriff s. z.B. WOLFF I, § 23.

ordnungsverhältnis normiert oder vereinbart ist. Dieser materielle Begriff des Subordinationsverhältnisses erscheint recht weit: Das Handeln einer Verwaltungsbehörde wird man danach regelmäßig als subordinationsrechtlich charakterisieren können.408) Jedoch nur diese Auffassung entspricht der tatsächlich bestehenden Überlegenheit der Verwaltungsbehörde, auch wenn eine rechtliche Bindung an ihre Maßnahmen nicht vorgesehen ist, nur so kann z.B. der Prozeß um den Bericht des Luftfahrtbundesamts 409) als subordinationsrechtliche Streitigkeit eingeordnet werden.

4.723 Die gegen die materielle Auffassung vorgebrachte Kritik überzeugt nicht. Der Wortlaut des § 85 I VGG ließ die materielle Auffassung ebenso zu wie die prozessuale, 410) je nachdem ob man den Ton auf das Wort "verbindlich" (materielle Auffassung) oder auf das Wort "enthält" (i.S. von "vorliegt", prozessuale Auffassung) legt.

Wenig Durchschlagskraft besitzt das Argument, die materielle für die subordinationsrechtlichen Streitigkeiten bestimmte Definition werde zugleich für die Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht herangezogen. 411) Auch die Vertreter der Subjektionstheorie stellen heute für die Bestimmung des öffentlichen Rechts nicht allein auf das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses ab, sie leugnen die Existenz öffentlich-rechtlicher Gleichordnungsverhältnisse nicht. 412) Außerdem wird die Subjektionstheorie zur Abgrenzung des öffentlichen

---

408) vgl. MENGER, VwArch.54,398 (der von einer Vermutung für "hoheitliches" Handeln spricht, aber damit nur den Gegensatz zum fiskalischen Handeln herausstellen will).

409) s. dazu schon o. 3.253 Fn.65 (S. 26).

410) a.M. z.B. BACHOF, VerfR.I, S.71; HEGEL, DÖV 1965, 414.

411) RUPP, AöR 85, 304; HEGEL, DÖV 1965, 414.

412) REDEKER-VON OERTZEN, § 40, 5ff; EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 3ff; KLINGER, § 40, B II; FORSTHOFF, S. 108; OBERMAYER, in MANG u.a., S.111; vgl. auch die

Rechts vom Privatrecht heute oft grundsätzlich abgelehnt. 413) Es erscheint daher nicht verwirrend, vielmehr naheliegend, wenn der Begriff des Subordinationsverhältnisses für die Charakterisierung eines verwaltungsprozessualen Verfahrenstyps herangezogen wird, nachdem man erkannt hat, daß nur ein Teil des öffentlichen Rechts dem Begriff der Subordination zugeordnet werden kann. Für diesen Bereich ist der Begriff der Subordination immer noch bestimmend. 414)

Auch die praktischen Schwierigkeiten bei seiner Anwendung in der Praxis sprechen nicht entscheidend gegen den materiellen Begriff. Die Schwierigkeiten der prozessualen Auffassung sind nicht geringer als die der materiellen Auffassung. Zwar scheint die prozessuale Meinung zunächst klarer, denn es muß nur untersucht werden, ob ein Subordinationsakt vorliegt oder begehrt wird. Aber die Schwierigkeiten beginnen schon bei der Definition des Subordinationsakts (Verwaltungsakts). Die materielle Auffassung muß dagegen - vor allem bei der Leistungsklage 415) - prüfen, ob ein Subordinationsverhältnis vorliegt, eine subordinationsrechtliche Maßnahme getroffen werden darf. Auch das ist nicht einfach wie z.B. die Erörterungen zu § 1 II VwVG zeigen. 416) Allerdings verdeutlicht gerade diese die Verwaltungsvollstreckung von Geldforderungen im Koordinationsverhältnis ausschließende Bestimmung die Bedeutung, die der Einteilung in subordinationsrechtliche und koordi-

---

Zu 412) Rechtsprechung zum öffentlich-rechtlichen Vertrag BGHZ 32,214; BGH v.27.10.1960, DÖV 1961,618f.

413) s. z.B. WOLFF, AöR 76,211f; WOLFF I, § 22 IIa 7; RUPP, DVBl.1958,114, JuS 1961,60; ULE, Verwaltungsprozeßrecht, § 8 II (S.34).

414) vgl. die in Fn.412 genannten.

415) Wie die Erörterungen auf S. 155f zeigen, bestehen bei der Gestaltungsklage i.d.R. praktisch keine Unterschiede.

416) s. z.B. RUPP, DVBl.1963,577, 580f; OVG KOBLENZ v. 11.3.1964, DVBl.1964,931f; BVwG v. 24.6.1966, BayVBl. 1966,387ff jeweils m.w.N.

nationsrechtliche Verfahren (im materiellen Sinn) allgemein im Verfahrensrecht zukommt. 417) Die praktischen Schwierigkeiten der prozessualen Auffassung werden deutlich am Beispiel der Folgenbeseitigungsklage. Nach materieller Auffassung handelt es sich hier immer um eine subordinationsrechtliche Streitigkeit, weil der Streit um die Beseitigung der Folgen eines hoheitlichen Handelns wie der Streit um die Aufhebung der hoheitlichen Maßnahme selbst im Subordinationsverhältnis geführt wird. 418) Die prozessuale Auffassung stellt dagegen darauf ab, ob ein VA begehrt wird oder nicht. 419) Sie zwingt zu der Überlegung, ob die begehrte Handlung, z.B. ein Realakt, VA-Qualität hat. Und sie führt in ein Dilemma, wenn die Behörde die Wahl zwischen mehreren teils als VA und teils als AH zu qualifizierenden Maßnahmen hat. 420)

4.724 Der materielle Begriff der Subordination enspricht auch seiner Funktion, den subordinationsrechtlichen Verfahrenstyp und damit zugleich den Klagetyp der subordinationsrechtlichen Lei-

417) LERCHE, Jschr.II, S.87f (der allerdings grundsätzlich von einer formellen Auffassung ausgeht; dazu s. u. S. 160 f).

418) EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 21; § 80, 54; VGH KASSEL v. 12.9.1962, DÖV 1963,389 (390) m.w.N.

419) KLINGER, § 80, F2; LOPPUCH, NJW 1955,117; HEGEL, Unterbringung, S.103.

420) Mit diesem Argument für die Ausweitung der Verpflichtungsklage MARTENS, JuS 1962,252; SCHMATZ, S.181. HEGEL, aa0., hält die allgemeine Leistungsklage immer dann für die richtige Klageart, wenn nicht ausschließlich VAe zur Folgenbeseitigung in Frage kommen. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb die Frage des Klagetyps davon abhängen soll, ob (zufällig) nur ein VA oder ob mehrere rechtlich unterschiedlich bewertete Mittel für die Folgenbeseitigung in Frage kommen.

stungsklage zu kennzeichnen. 421) Insbesondere bestehen keine Bedenken, die Einteilung der Verfahrenstypen nach materiellen Gesichtspunkten vorzunehmen. Der durch den Gesamtablauf des Verfahrens gekennzeichnete Verfahrenstyp wird hier durch die Tatsache der Subordination geprägt. Zur Bestimmung des subordinationsrechtlichen Verfahrenstyps ist die Qualifizierung der vom Kläger begehrten Maßnahme als Subordinationsakt (AH) dagegen nicht erforderlich, denn diese AH ist nur Ausdruck der Subordination, d.h. der überlegenen Stellung der Behörde. Für die formelle, an den (engen) VA-Begriff anknüpfende Auffassung kann auch die VwGO nicht ins Feld geführt werden: Zwar wird z.B. bei der Definition von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 42 I) auf einen Subordinationsakt, den VA, abgestellt, damit wird aber eine Auslegung, die auf das zugrundeliegende Subordinationsverhältnis zurückgeht, ebensowenig ausgeschlossen wie eine weite, alle AHen umfassende, Auslegung des VA-Begriffs. 422) Der Subordinationsakt ist auch für die hier vertretene Auffassung nicht bedeutungslos, er dient der schärferen Umgrenzung des konkreten Klagetyps der subordinationsrechtlichen Leistungsklage.

4.725 LERCHE definiert das Subordinationsverhältnis zwar formell, stellt dabei aber auf das Vorliegen eines "Subordinationsakts" i.W.S. (einer AH) ab: 423) Als Voraussetzung eines koordinationsrechtlichen Verfahrens genügt danach, daß "nur kein Subordinationsakt im Mittelpunkt steht." 424) Diese formelle Auffassung ähnelt in der Konstruktion der herrschenden, for-

---

421) Zu den Begriffen des Verfahrenstyps und des Klagetyps vgl. o. S. 75 f.

422) Zu letzterem s. o. S. 16 - 57 . Hier wird allerdings weiter von AHen gesprochen, um Verwechslungen mit dem herkömmlichen VA-Begriff zu vermeiden.

423) LERCHE, Jschr.II, S.71 i.V.m. S.76, 78.

424) LERCHE, Jschr.II, S.78.

mellen (prozessualen) Meinung, unterscheidet sich aber wegen der Anknüpfung an die AH kaum von der hier vertretenen materiellen Auffassung.

Auch hier ist jedoch die materielle Auffassung vorzuziehen. Vor allem für den Fall, daß kein Subordinationsakt vorliegt (also besonders für die subordinationsrechtliche Leistungsklage), scheint es klarer, unmittelbar auf das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses, also i.d.R. auf die auf speziellen oder allgemeinen Rechtssätzen beruhende Entscheidungsbefugnis der Behörde abzustellen als nach einem Subordinationsakt zu forschen, wobei es letztlich doch auf die Frage der Entscheidungsbefugnis ankommt.

Das zeigt ein Blick auf die Zahlungsklage des Bürgers gegen den Staat und auf die Klage aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag auf Erlaß eines VAes. Die Zahlungsklage ist dann als subordinationsrechtliche Klage zu beurteilen, wenn der Behörde die Befugnis zusteht, über Grund oder Höhe des Anspruchs zu entscheiden, eine koordinationsrechtliche Klage setzt dagegen voraus, daß eine solche Befugnis fehlt 425) wie z.B. beim öffentlich-rechtlichen Bereicherungsanspruch. 426) Bei einer vertraglichen Verpflichtung zum Erlaß eines VAes beruht die Entscheidungsbefugnis im konkreten Fall auf dem - ein Koordinationsverhältnis begründenden, einseitige Maßnahmen der Vertragspartner grundsätzlich ausschließenden - öffentlich-rechtlichen Vertrag und nicht auf einem bestimmten oder allgemeinen Rechtssatz; aus diesem Grund hat LERCHE 427) mit Recht die Klage auf Erlaß des VAes hier als koordinationsrechtliche Leistungsklage bezeichnet.

---

425) HOLLAND, Diss., S.74ff, 81f; MENGER, VwArch.51, 161f.

426) EYERMANN-FRÖHLER, § 40, 17.

427) Jschr.II, S.77f; a.M. HEGEL, DÖV 1965, 415f m.w.N.

4.8 Beschränkung der subordinationsrechtlichen Leistungsklage auf AHen

4.81 Allgemeines

Mit der Aufteilung der verwaltungsgerichtlichen Klagen in einen subordinationsrechtlichen und einen koordinationsrechtlichen Verfahrenstyp sind die konkreten Klageformen der koordinationsrechtlichen und der subordinationsrechtlichen Leistungsklage noch nicht scharf genug umrissen. Allgemein werden diese Klagetypen durch ihre Zugehörigkeit zum subordinationsrechtlichen oder koordinationsrechtlichen Verfahrenstyp einerseits und zu den Leistungsbegehren andererseits geprägt. Für den Klagetyp der koordinationsrechtlichen Leistungsklagen sind hier keine weiteren Betrachtungen erforderlich: entscheidend ist, daß das Leistungsbegehren auf eine normierte oder vertraglich vereinbarte koordinationsrechtliche Regelung gestützt wird. Der Klagetyp der subordinationsrechtlichen Leistungsklage ist dagegen genauer zu umgrenzen. Dies wird durch die Zulässigkeitsvoraussetzung des Vorliegens einer AH als Klageziel erreicht.428) Der AH-Begriff ist deshalb im folgenden genauer zu bestimmen. Dabei soll nicht einfach auf die BACHOFsche Definition zurückgegriffen werden, die auf die Rechtsnatur der Ablehnung der begehrten Maßnahme abstellt; es soll vielmehr eine Definition der begehrten AH selbst versucht werden.

4.82 Die AH als hoheitliche Maßnahme

Schon aus der Einordnung der subordinationsrechtlichen Leistungsklage in den Verfahrenstyp der subordinationsrechtlichen Klagen ergibt sich, daß als AHen nur subordinationsrechtliche Maßnahmen angesehen werden können, Maßnahmen, die erkennbar von einem Hoheitsträger und mit Bezug auf seine übergeordnete Stellung vorgenommen werden: 429) Die AH kann deshalb als hoheit-

---

428) vgl. o. bei und in Fn. 422.

429) vgl. OBERMAYER, in MANG u.a., S.168.

liche Maßnahme gekennzeichnet werden. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, daß dieser Begriff sehr umstritten ist und nur selten ausschließlich auf subordinationsrechtliche Maßnahmen bezogen wird. 430)

4.83 Die AH als Einzelakt

Die subordinationsrechtliche Leistungsklage kann sich wie die VA-bezogene Klage nur auf Einzelakte beziehen. Den Erlaß von Rechtssätzen kann der Bürger mit den verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen nicht erstreiten. 431) Das ergibt sich aus

---

430) So OBERMAYER, aaO.; anders einerseits WOLFF I, § 23 IIIb; FORSTHOFF, S.218 (hoheitliche Verwaltung i.S. der gesamten Verwaltung in öffentlich-rechtlichen Formen) und andererseits MALLMANN, VVDStRL 19, 166 (hoheitliche Verwaltung i.S. von Eingriffsverwaltung).

431) Diese Frage wird meist nicht gesehen, weil die hM die allgemeine Leistungsklage nur negativ als nicht auf den Erlaß von VAen gerichtete Klage definiert (z.B. OBERMAYER, in MANG u.a., S.232). Wie hier wohl BACHOF, Vornahmeklage, S.30f, 56, der den Begriff der AH für die Vornahmeklage entsprechend einschränkt und die andere Leistungsklage weitgehend dem Gleichordnungsverhältnis zuordnet; a.M. SCHMATZ, S.181; VG FRANKFURT (M) v.3.5.1960, DÖV 1961,313 (314), die sich beide zu Unrecht auf BACHOF stützen. Man wird die Ablehnung der Behörde, einen Rechtssatz zu erlassen, auch nicht (mit dem VG FRANKFURT) als Einzelakt ansehen können, sie ist auf eine unbestimmte Vielzahl von Personen bezogen (ebenso HEGEL, DÖV 1965,415 Fn.36).-

Ebenfalls abzulehnen ist die Auffassung, mit der allgemeinen Leistungsklage könne z.B. eine Gemeinde einen - als Rechtssetzungsakt qualifizierten - "Mitwirkungsakt" der Aufsichtsbehörde bei der kommunalen Rechtssetzung erreichen (so MÖRTEL, Schr.Speyer 13, S.149). Diese Mitwirkungsakte

der Regelung der VwGO, die in §§ 42 und 47 auf Einzelakte und auf Normen bezogene Rechtsbehelfe nebeneinanderstellt, wobei in Bezug auf Normen nur die Nachprüfung bereits bestehender Rechtssätze - und auch dies nur in einigen Bundesländern - vorgesehen ist. Diese Regelung entspricht der herkömmlichen Auffassung von der Gewaltentrennung: Der Erlaß von Rechtssätzen gehört danach funktionell in den Bereich der Gesetzgebung und kann nur auf politischem Wege erzwungen werden. Leistungsurteile würden hier über die der Verwaltungsgerichtsbarkeit ihrem Wesen nach auch zustehende Kontrollfunktion hinausgehen. Ein Anspruch auf Erlaß eines Rechtssatzes - und damit Rechtsverletzungen durch die Unterlassung der Rechtssetzung - kommen regelmäßig nicht in Betracht. 432)

Zu 431) sind - mindestens in Bezug auf die allein klageberechtigte Gemeinde - als Einzelakte anzusehen (so REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 27 gegen EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 53 jeweils m.w.N.); das Klagerecht der Kommune kann hier ohnehin nur auf einer besonderen Stellung gegenüber der Aufsichtsbehörde beruhen, einer Stellung, die dem Bürger gegenüber dem Stand nicht zusteht.-

Vgl. zum ganzen das Verfassungsprozeßrecht: Auch auf eine Verfassungsbeschwerde wegen Unterlassens des Gesetzgebers kann nur ein Feststellungsurteil und kein Leistungsurteil ergehen (BVfGE 6,257,265f).

432) Für den Verfassungsprozeß vgl. LERCHE, AöR 90, 341 (350ff, 363). - Für Rechtssetzungsakte der Exekutive wäre eine eng begrenzte Ausnahme allerdings angebracht. Dadurch könnte eine krampfhafte Umdeutung bestimmter Maßnahmen (z.B. von Verkehrszeichen, Plänen) vermieden werden. Eine Verletzung von Individualrechten wird allerdings auch hier selten in Betracht kommen.

Auch als Befürworter der subordinationsrechtlichen Leistungsklage (im bisher erarbeiteten Sinn) ist man daher einer Abgrenzung zwischen Einzelakt und Rechtssatz nicht enthoben. 433) Hierfür kann die hM zur VA-Definition zugrundegelegt werden, 434) die die Beziehung des Einzelakts auf einen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis als entscheidenden Gesichtspunkt ansieht.

4.84 Die AH als Maßnahme mit unmittelbarer Rechtswirkung

Ein besonders wichtiges Merkmal der AH ist ihre unmittelbare Rechtswirkung, ihre Eignung auf Rechte einzuwirken. Wie schon zu Beginn der Arbeit festgestellt wurde, besteht hier der größte Unterschied zwischen dem Begriff der AH und der VA-Definition, die auf das Merkmal der auf einen rechtlichen Erfolg abzielenden Regelung abstellt.: 435) So ist z.B. die Feststellung, daß eine bestimmte Maßnahme als "innerdienstliche Maßnahme" nicht an einen Dritten gerichtet ist, für das Vorliegen einer AH ohne Bedeutung, entscheidend ist vielmehr, daß sie - wenn auch unbeabsichtigt - nach außen gedrungen ist und dort gegenüber einem Dritten eine Rechtsverletzung in Betracht kommt. 436) Als Versuch diese Auffassung zu begrün-

---

433) Diese Feststellung läßt sich nicht als Argument für eine bestimmte Einteilung der Leistungsklagen verwerten (a.M. HEGEL, DÖV 1965,415).

434) Diese oft erörterte Frage kann hier nicht behandelt werden; s. z.B. OBERMAYER, in MANG u.a., S.172ff; REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 23ff (26ff); ULE, Verwaltungsprozeßrecht, Anhang zu § 32 III 3ff.

435) s. o. S. 14f.

436) VGH KASSEL v.12.5.1964, DVBl.1965,452; BVwG v. 9.2.1966, DVBl.1966,601; EYERMANN-FRÖHLER, § 42, 53; REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 32.

den ist die vorliegende Arbeit gedacht. Für die hier zu treffende Abgrenzung der AH und damit des Klagetyps der subordinationsrechtlichen Leistungsklage ist also maßgeblich die - nicht ganz unwahrscheinliche - Möglichkeit einer Rechtsverletzung; diese fehlt z.B. deklaratorischen Feststellungen 437) oder solchen "innerdienstlichen Maßnahmen", die sich nicht auf die Rechte (d.i. die persönliche Stellung) des Amtsträgers oder auf die Rechte eines Dritten beziehen. 438)

Eine genauere Betrachtung des Erfordernisses der unmittelbaren Rechtswirkung ergibt, daß bei der Leistungsklage primär - ähnlich wie bei Art.19 IV GG - die Möglichkeit der Rechtsbeeinträchtigung durch die Unterlassung maßgeblich ist, erst sekundär die Rechtserheblichkeit der begehrten Maßnahme selbst: Der - behauptete - Leistungsanspruch wird durch die Unterlassung (und unter Umständen zusätzlich durch die Ablehnung) beeinträchtigt und durch die Leistung erfüllt. Der Begriff der unmittelbaren Rechtswirkung der AH kann deshalb nur als Umschreibung für eine kompliziertere Situation angesehen werden, allerdings als eine unschädliche Umschreibung, weil diese Rechtswirkung immer beiden Bereichen, dem Unterlassen und der Handlung, zukommen wird.

Problematisch ist bei dieser auf die Möglichkeit einer Rechtsverletzung abstellenden AH-Definition, ob der Sachentscheidungsvoraussetzung des § 42 II noch eine selbständige Bedeutung zukommt, 439) ob die Existenz dieser Bestimmung nicht gegen eine solche Definition spricht. Die Gefahr der Vermengung der Sachentscheidungsvoraussetzung des Subordinationsakts (§ 42 I) und der des besonderen Rechtsschutzbedürfnisses (§ 42 II) besteht auch bei der VA-Definition der hM und in der Praxis, wenn sie auf die un-

---

437) OBERMAYER, in MANG u.a., S.174.

438) REDEKER- VON OERTZEN, § 42, 32 und 50ff.

439) Diese selbständige Bedeutung scheint auch bei LERCHE, DVBl.1954,628f, und bei MAUNZ-DÜRIG, Art.19 IV, 25 aa, zu fehlen.

mittelbare Rechtswirkung oder auf die Rechtserheblichkeit abstellen; 440) besonders deutlich wird das bei den Bemühungen um eine Definition des VAes im sog. besonderen Gewaltverhältnis. 441) Diese Gefahr besteht trotz der eben aufgezeigten Unterscheidung zwischen der Rechtserheblichkeit der begehrten Maßnahme und der der Unterlassung, denn auch § 42 II bezieht sich auf Ablehnung und Unterlassung. Meist wird von der Literatur im Zusammenhang mit der VA-Definition eine allgemeinere, für die Voraussetzung des § 42 II eine mehr spezielle Formulierung gebraucht. 442) Aber dadurch kann die Überdeckung beider Sachentscheidungsvoraussetzungen nicht verborgen werden. 443) Es erscheint deshalb am klarsten, § 42 II als einen im Gesetz enthaltenen Hinweis auf die Auslegung des Klagegegenstandes von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage anzusehen. Die Konsequenz dieser Auffassung ist, daß für diese Bestimmung als selbständiger Sachentscheidungsvoraussetzung nur noch die Bedeutung einer Formvorschrift über den Inhalt der Klageschrift bleibt; praktisch ergeben sich keine Unterschiede, die Möglichkeit einer Rechtsverletzung ist immer noch zu prüfen, nur etwas früher als bisher: bei der Erörterung der Frage, ob eine AH vorliegt.

---

440) s. z.B. VGH KASSEL v.12.5.1964, DVBl.1965,452, und die folgende Fn.

441) REDEKER-VON OERTZEN, § 42, 50ff; BVwGE 21,127 (129); 14,84(87).

442) So z.B. OBERMAYER, in MANG u.a., S.174 einerseits und S.236ff(237) andererseits.

443) So spricht WOLFF einer wiederholten Verfügung in WOLFF I, § 46 V b (S.267), die Rechtsnatur als VA ab, während er in WOLFF III, § 173 Ib 4 (S.404), die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch einen derartigen "VA" verneint.

4.85 Der Klagetyp der subordinationsrechtlichen Leistungsklage ist damit beschränkt auf Klagen, die auf den Erlaß hoheitlicher Einzelakte mit unmittelbarer Rechtswirkung abzielen.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten:

1. Der Begriff des VAes i.e.S. ist als Anknüpfungspunkt für die Einteilung der verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen ungeeignet. Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Zweck der Regelung der VwGO sprechen nicht für einen bestimmten Anknüpfungspunkt, sie zwingen insbesondere nicht dazu, an den VA-Begriff anzuknüpfen; die teleologische Betrachtung spricht sogar ziemlich klar gegen eine auf den VA-Begriff bezogene Klageneinteilung. Diese Einteilung kann auch nicht auf die angebliche Rechtsmittelähnlichkeit der VA-bezogenen Klagen gestützt werden.

2. Richtiger Anknüpfungspunkt ist der materielle Begriff des Subordinationsverhältnisses. Das zeigt trotz einzelner Bedenken schon die zu den VGG entwickelte Anknüpfung an den Begriff der AH. Dafür spricht weiter die systematische Ordnung der auf Verfahren, Begehren und konkrete Klagetypen bezogenen Einteilungen im Verwaltungsprozeßrecht. Der subordinationsrechtliche Verfahrenstyp umfaßt alle wesentlich durch Art. 19 IV GG geprägten Klagen. Diese Gemeinsamkeit rechtfertigt die einheitliche Behandlung der Klagen dieses Verfahrenstyps, während eine Differenzierung zwischen VA-bezogenen und nicht VA-bezogenen Leistungsklagen nicht sachgerecht erscheint. Die Untersuchung der Ausgestaltung der Verpflichtungsklage (vor allem unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes und der Garantie eines effektiven Rechtsschutzes) bestätigt die Einteilung in subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Klagen.

3. Der subordinationsrechtliche Verfahrenstyp wird charakterisiert durch die Berechtigung der Behörde, auf Grund ihrer gesetzlich begründeten übergeordneten Stellung rechtserhebliche Handlungen vorzunehmen (Begriff des Subordinationsverhältnisses im materiellen Sinn); das koordinations-

rechtliche Verfahren kennzeichnet dagegen, daß diese "Entscheidungsbefugnis" durch Gesetz oder Vertrag ausgeschlossen ist. Der Klagetyp der subordinationsrechtlichen Leistungsklage wird genauer durch sein Klageziel bestimmt: die AH, einen hoheitlichen Einzelakt mit unmittelbarer Rechtswirkung gegenüber dem Kläger.

LEBENSLAUF

Am 29.8.1939 wurde ich in Singen (Hohentwiel) geboren. Meine Eltern sind der Ministerialdirigent a.D. Dr. Günther Rönnebeck und seine Ehefrau Jutta, geb. Lietz.
Nach viereinhalb Jahren Volksschule in Gaienhofen (Bodensee) besuchte ich von 1950 bis März 1959 die Bismarckschule (neusprachliches und mathematisch-naturwissenschaftliches Gymnasium) in Hannover, die ich mit der Reifeprüfung verließ.

Im Wintersemester 1959/1960 studierte ich für 1 Semester an der Technischen Hochschule Darmstadt Architektur. Mein juristisches Studium begann ich im Sommersemester 1960 an der Universität Frankfurt (Main). Ich setzte es an den Universitäten Göttingen und München fort. Am 26.1.1965 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung. Seit Mai 1965 bin ich Rechtsreferendar und bin zur Zeit bei der Regierung von Schwaben in Augsburg beschäftigt.